ALLEGAZIONI

DI GIUSEPPE PASQUAL CIRILLO

Primario Profeſſor di Leggi nella Regia Napoletana Accademia, ed Avvocato famigeratiſſimo.

DISTRIBUITE IN PIU' TOMI

DALL' AVVOCATO

DOMENICO BRACALE,

E dal medeſimo diſpoſte per materie, e corredate di argomenti, e ſommarj a ciaſcuna allegazione corriſpondenti, e di generale indice, e diſtinto, il quale ſi allogherà nell' ultimo tomo di queſt' Opera,

TOMO SESTO.

IN NAPOLI MDCCLXXXII.

Nella Stamperia de' Fratelli di Paci.

Con Licenza de' Superiori.

ALLEGAZIONI,

LE QUALI CONTENGONO LE SEGUENTI MATERIE.

Si profegue la materia

I. Delle Donazioni ——— *fol.* 5.

II. Della compera, e vendita ——— *fol.* 39.

III. Del jus del congruo ——— *fol.* 237.

IV. Delle Alienazioni ——— *fol.* 256

Digitized by Google

Per D. Niccolò Falangola contra gli eredi di D. Gennaro Fajella.

ARGOMENTO.

Trattasi il caso di un donante, il quale, avendosi riserbata la facoltà di disporre in tempo di morte della somma di ducati 500., ne dispose poi per atti tra' vivi, ipotecandola a benefizio di un suo creditore: e si dimostra, che nulla sia la disposizione fatta per atti tra' vivi; e seguentemente nulla sia l'ipoteca a benefizio dell'accennato creditor costituita.

SOMMARIO.

1 *CHI dona tutti i suoi beni, riserbandosi la facoltà di disporre di una certa somma così per atti tra' vivi, che per ultime volontà; disponendo nell' uno, o nell' altro modo, valida è la disposizione.*

2 *Se'l donante (giusta il num. 1.) non esprimendo il modo come intende di disporne, possa disporne per atti tra' vivi; e spezialmente quando ne disponga in modo, che gli si tolga la facoltà di testare.*

3 *La facoltà di disporre solamente per atti tra' vivi, non si estende alle ultime volontà. E, per l' opposto, la facoltà di disporre solamente per atti di ultima volontà, non si estende agli atti tra' vivi.* Ved. i num. seg. e 'l num. 21. e seg.

4 *Chi si ha riserbata la facoltà di disporre di certi suoi beni*

beni per atti di ultima volontà, non può a favor de' ſuoi creditori ipotecare gli ſteſſi beni riſervati: il che non è parimente permeſſo al ſuo erede: Ved. il num. 18.

5 *Se poſſa il teſtamento, ſecondo il parlar legale, dirſi diſpoſizione, che ſi faccia in vita:* Ved. il num. ſeg.

8 *Di que' beni, che con qualſivogliano generali parole ci è ſtata proibita l'alienazione, ben poſſiamo liberamente teſtare.*

9 *Più ampiamente s' interpetrano le volontà de' teſtatori, che le volontà de' contraenti.*

10 *Più ne' contratti, che nelle ultime volontà debbeſi por mente alla proprietà delle parole.*

11 *Se un atto trà vivi, non potendo valer come tale, poſſa ſoſtenerſi come ultima volontà.* Ved. i num. ſeg. *e l' eccezione nel* num. 15.

12 *Permette talor la Legge, che un atto prenda la natura di un altro del proprio genere. Se ne recan gli eſempj ne'* num. 13. e 14.

13 *La dazione in pegno*, ceſſante diu debitore, *paſſa in dazione* in ſolutum.

14 *L' iſtituzion dell' erede, che come* diretta *non vale, ſi ſoſtiene come* fedecommeſſo.

15 *Le donazioni tra marito, e moglie, fatte per atti trà vivi, non vogliono: ma ſi confermano per la taciturnità del donante ſino alla morte. Qual fu la ragione, onde tali donazioni appreſſo i Romani non valſero:* Ved. il num. ſeg.

17 *Morto il donante* ab inteſtato, *ſenza eſſerſi valuto della facoltà riſerbataſi di diſporre in morte: al donatario, e non già agli eredi legittimi del donante, ſpettano i beni, o la ſomma riſerbati.*

19 *Chi con altrui contrae, o è, oppure eſſer dee, non ignaro della condizion dell' altro.*

20 *In*

20 *In qual caſo il donatario univerſale ſia tenuto pe' debiti del donante contratti dopo della donazione.*

23 *Le parole ſi hanno ad interpetrare in modo, che ſembrino di eſſere ſtate dette, o ſcritte a fine di operar qualche coſa, e non debbonſi prendere per ozioſe, e ſuperflue. In qual caſo aſſi a dipartire da queſta regola:* Ved. il num. ſeg.

25 *Il patto oſcuro, o dubbio, nuocer dee a colui, che apporlo potea ſenza dubbiezza, ed oſcurità.*

26 *Quel che il diſponente ha voluto, che dall' erede ſi faccia in tempo della morte dello ſteſſo erede, ſe prima di tal tempo ſi faccia, non val per nulla.*

27 *In quali caſi l' ipoteca, che 'l creditore rappreſenta contr' il debitore del ſuo debitore, ſi eſtingua.*

28 *Qual ſia la differenza tra l' ipoteca coſtituita su i corpi, e l' ipoteca coſtituita su i nomi de' debitori: e de' diverſi effetti dell' una, e dell' altra.*

AL-

Digitized by Google

ALLEGAZIONE I.

Nell' anno 1739. donò con donazione irrevocabile tra vivi D. Gennaro Falangola a D. Niccolò ſuo fratello per contemplazion del matrimonio, che contraſſe con D. Giuſeppa Cummaro, alcune porzioni ereditarie, che gli ſi apparteneano, ed ogni altro, che in qualunque modo gli ſpettava, ingiungendo al donatario il peſo degli alimenti, e riſerbandoſi la facoltà di diſporre *in tempo di morte* della ſomma di duc. 500.

Nell' anno 1741. fece vendita il ſuddetto D. Gennaro a D. Anna, e D. Tereſa Ferolla di annui duc. 15. per capitale di duc. 300. Obbligoſſi *in ſolidum* col Falangola D. Gennaro Fajella: ſe non che 'l Falangola dichiarò, che ſuo era l' affare; e caſo che ne foſſe venuto danno al Fajella, glie l' avrebbe riſatto, ipotecando ſpecialmente que' 500. ducati, de' quali potea diſporre.

Avvenne, che, convenuto il Fajella dopo la morte

del Falangola dalle due creditrici, dovette pagar loro i duc. 300. di capitale, ed altri duc. 45. di terze decorse: seguentemente pretese, che da' ducati 500, a lui spezialmente obbligati, gli rifacesse il danno D. Niccolò, a cui, come a donatario universale, spettavano dopo la morte di D. Gennaro. Ordinò la G. Corte, che D. Niccolò pagasse il capitale, e le terze: ma, richiamatosene costui al S. Consiglio, dicendo, che la più gran parte de' beni a lui donati, gli spettava in virtù di sustituzione dal comun padre ordinata: e che i duc. 500, riserbatisi dal fratello, eran da compensarsi con quelle somme, che aveva egli pagate per dismettere altri debiti da colui contratti prima, e dopo della donazione: delle quali due cose legittimi documenti produsse; il S. Consiglio, sospeso il decreto della G. Corte, ordinò, che si fosser date le convenevoli provvidenze sulle scritture presentate. Ordinò allora la G. Corte una relazione, in vista di cui interpose poi decreto, *quod duc. 345. remaneant primo loco graduati super ducatis* 500, *de quibus D. Januarius Falangola disponere poterat virtute d. donationis*. E questo è 'l decreto, che deve oggi esaminare il S. Consiglio.

Pe' suddetti decreti della G. Corte, chiaramente conoscesi, che non si dubitò, che valesse l'ipoteca de' ducati 500. E pure questo era il punto, che si doveva esaminare, se quella ipoteca valeva, o no. Si esamini ora nel S. Consiglio, e si vegga, quanto giusto sia il gravame da D. Niccolò prodotto contr' al decreto della G. Corte.

1 Son quì da distinguer più casi. Il primo è, quando chi dona tutti i suoi beni, si riserva la facoltà di disporre d' una certa somma così per atti tra vivi, come per ultime volontà: ed in questo caso, è certo, che o nell' uno, o nell' altro modo ne disponga, dee l' atto valere.

2 Il secondo caso è, quando chi dona non esprime il me-

modo, come intende di disporne: ed in questo caso, sebbene non ci sia, chi gli neghi la facoltà di disporne per ultime volontà, nondimeno ci son Dottori (*a*), che gli negano la facoltà di disporne per atti tra' vivi, concioſiachè, ſecondo la proprietà del parlare, il verbo *disporre*, ſi riferiſca alle ſole ultime volontà: la quale opinione, comechè non piaccia alla più gran parte de' Dottori, nondimeno piace anche loro, quando il donante ne diſponga per atti tra' vivi in modo, che ſi tolga la poteſtà di teſtare (*b*).

Il terzo caſo è, quando chi dona ſi riſerva la facoltà di diſporre ſolamente per atti tra' vivi, o ſolamente per ultime volontà: e queſto è 'l noſtro caſo, leggendoſi riſervata nell' iſtrumento la facoltà di diſporre de' duc. 500 *in tempo di morte*. In queſto terzo caſo inſegnano comunemente i Dottori, che la facoltà di diſporre per atti tra' vivi non ſi eſtende alle ultime volontà, e la facoltà di diſporre per ultime volontà non ſi eſtende agli atti tra' vivi. La ragione è queſta. Chi volea poter diſporre per atti tra vivi, e per ultime volontà: potea dire indefinitamente, che ſi riſervava la facoltà di *diſporre*. Poichè eſpreſſe i ſoli *atti tra' vivi*, o le ſole *ultime volontà*, neceſſariamente ne ſegue, ch' eſprimendo gli atti tra' vivi, eſcluſe le ultime volontà: ed eſprimendo queſte, eſcluſe quelli: altrimenti le parole non opererebbero. Così 'l Bartolo (*c*), trattando il caſo di un padre, che avea donato al figlio emancipato tutti i ſuoi beni colla riſerva di diſporre *in vita ſua* di una certa quantità: *Iſta verba, IN VITA SUA, ut recte, & aliquid operentur, oportet intelligi de neceſſitate de diſpoſitione,* 3

(a) *V. Caſtill. controverſ. lib. 4. cap. 61.*
(b) *V. Salgad. Labyrint. p. 2. cap. 18. num. 33.*
(c) *Conſil. 76. in fine.*

quae dicitur inter vivos, alias illa verba nihil operarentur, ſed ſufficiebat ſolum dicere, quod poſſet diſponere: ideo ut rectus & ſanus ſit intellectus illorum verborum, concludo, quod de diſpoſitione, quae dicitur inter vivos, fuit a donatore ſanitum. In un caſo ſimigliantiſſimo al caſo di Bartolo, ſcriſſe il Graziano, e dell'autorità, e delle ragioni del Bartolo ſi valſe (*a*): *Ex quibus verbis (IN VITA) non cenſetur reſervata facultas teſtandi, ſed ſolum diſponendi inter vivos, quia alias dicta verba nihil operarentur, quum ſatis fuiſſet dicere, quod poſſet diſponere, abſque eo quod adderetur clauſula IN VITA: unde talis reſtrictio dicitur excludere ultimam voluntatem*. Cita egli il Bartolo, e preſſo che infiniti Dottori, che inſegnan lo ſteſſo: indi ſoggiunge (*b*): *Ab hac COMMUNI opinione, quae tantorum Juriſconſultorum judicio ſuſtinetur, PERICULOSUM ESSET RECEDERE*. In fatti così, per l'autorità di Bartolo, deciſe il Senato di Piemonte appreſſo il Teſauro (*c*): *Ita Senatus cenſuit fretus auctoritate Bartoli, cujus ſententia viſa fuit communis, & ſequenda*. Mentova, e ſegue la ſuddetta deciſione il Fontanella in un luogo della ſua Opera *De pactis nuptialibus* (*d*): ed in un altro luogo maeſtrevolmente inſegna (*e*), che chi ſi riſerva la facoltà di diſporre in un modo, non può diſporre in un altro. Lo ſteſſo, per le ſteſſe ragioni, è da dire del donante, che ſi riſervò la facoltà di diſporre *in morte*, e ne usò poi *in vita*. Il dotto Salgado, che meglio che altri eſaminò la forza, e gli effetti di coteſte riſerve, parlando d'un donante, che ſi avea riſer-

4

vata

(a) *Diſcept. forenſ. cap.* 539. *num.* 6.
(b) *Num.* 12.
(c) *Deciſ.* 209. *in fine.*
(d) *Part.* 1. *clauſ.* 4. *gloſ.* 23. *num.* 19. *pag. m.* 546.
(e) *Part.* 1. *clauſ.* 4. *gloſ.* 9. *num.* 12. *pag. m.* 131.

vata la facoltà di disporre *in morte* d'una certa quantità, e l'avea poi spezialmente ipotecata a benefizio del creditore, come fece D. Gennaro Falangola, dice, che l'ipoteca non vale, e che di ciò non si dubita tra' Dottori. Sue parole sono (*a*): *Quando debitor facultatem sibi reservavit disponendi de aliqua re, vel quantitate, tempore mortis, & sic ad testandum; tunc INDUBIE* (questa è parola importantissima) *dicendum erit, nullo modo posse hypothecare eadem bona, nec quantitatem suis creditoribus, etiam specialiter, & signanter, seu expresse mentionem faciendo de dictis bonis reservatis; nam disponendi facultatem, qui sibi reservavit uno modo, & sic ad testandum, non potest ad alium ea uti, & sic disponere in vita, aut inter vivos.*

Alle autorità di tanti Autori stranieri, mi piace di 5
aggiungere l'autorità d'un nostro moderno Scrittore, che val molto nel foro. Carlantonio de Luca (*b*) propone il dubbio, se, *qui donans, reservat sibi facultatem disponendi in vita, possit testari de reservatis.* Cita parecchi, che dicon di no: indi soggiunge, esser vera cotesta opinione, *quando restringitur facultas, ut possit disponere in vita tantum;* poichè, dicendosi semplicemente *in* 6
vita, ben può questa formola comprendere il testamento, *quod etiam fit in vita, quamvis conferat effectum post mortem.* Che che sia della opinione, che possa il testamento, secondo il parlar legale, dirsi disposizione, che si faccia in vita, egli è certo, che suppose il de Luca come cosa indubitata, che la facoltà riservata di disporre per atti tra' vivi, non si estende alle ultime volontà. Dubitò solamente, se la clausola *in vita*, senz'alcuna particella tassativa, comprendesse i soli atti tra' vivi. Ma caso che

(a) *In d. cap.* 18. *num.* 24.
(b) *Ad de Franchis. decis.* 594. *num.* 12.

che o quella clauſola gli aveſſe compreſi, o ſe le foſſe aggiunta la particella taſſativa, od in vece della clauſola *in vita*, ſi foſſe uſata la clauſola, *per atti tra vivi*, non dubitò punto, che la poteſtà di teſtare, o di diſporre altrimenti per ultime volontà, s'intendeſſe del tutto eſcluſa.

7 Compia il numero de' Dottori, fin quì citati, il Cardinal de Luca, ch'è 'l più fedel teſtimonio delle ſentenze ricevute nel foro. E' ſcrive maeſtrevolmente (*a*): *Receptum habemus in facultate diſponendi inter vivos, ut non ſit extendenda ad diſpoſitionem per ultimam voluntatem.* E ſi vuol quì notare, che ſarebbe coſa meno ſconcia, che la facoltà di diſporre per atti tra' vivi ſi eſtendeſſe alle ultime volontà, che, per contrario, la facoltà di diſporre *in tempo di morte*, ſi eſtendeſſe agli atti tra' vivi;

8 poichè *facultas teſtandi* (uſerò per le ſomme anguſtie del tempo, in cui ſcrivo, le parole del Gabbriello) *facilius conceditur, & ejus favor poſtulat, ne adimatur: idcirco communiter receptum eſt, prohibitum alienare verbis quibuſcumque generalibus, poſſe libere teſtari* (*b*).

Quel, che ho detto per le autorità de' Dottori, giova, che ſi confermi per un principio del jus Romano.

9 E' regola di Legge, che più ampiamente s'interpetrano le volontà de' teſtatori, che le volontà de' contraenti (*c*):

10 onde avvien poi, che ne' contratti ſi debba molto più por mente alla proprietà delle parole. Si vegga, oltre gli antichi, il Wiſenbachio (*d*). Or la donazion fatta da D. Gennaro, non è una ſemplice donazione, ma un contratto oneroſo. Se dunque in eſſa ſi riſervò colui la facoltà

(a) *De donat. diſc. 39. n. 3. in fin.*
(b) *Conſil. 132. quaeſt. 1. num. 2. & 3.*
(c) *L. 12. ff. de reg. jur. L. 12. §. 2. ff. de uſu, & hab.*
(d) *In d. L. 12. de reg. jur.*

coltà di disporre *in caso di morte*, come gli poteva esser permesso, contra la proprietà delle parole, di disporre per atti tra' vivi? E non è quì da omettere, esser verisimile, che non altrimenti si sarebbe quella onerosa donazione accettata da D. Niccolò, che riserbandosi il donante la facoltà di disporre solamente per ultime volontà, acciocchè non avesse contratti più debiti, alla qual cosa era molto inchinato: e grande argomento ne sono i debiti dal donatario dismessi.

Si sciolgano ora tre oppozizioni. Si dice in primo luogo, che la disposizion fatta in vita da D. Gennaro, sebbene, vivente lui, non valesse, nondimeno si confermò per la di lui taciturnità fino alla morte, cominciando da quel tempo a valere come ultima volontà.

Si risponde, esser cosa contraria alle regole della 11
giurisprudenza, che un atto tra vivi, non potendo valer come tale, si sostenga come ultima volontà. Nulla han di comune le ultime volontà, e gli atti tra' vivi: anzi son questi contrarj a quelle. Le ultime volontà non cominciano a valere, che dopo la morte: gli atti tra' vivi vaglion subito che si son celebrati. So, che permette 12
talora la Legge, che un atto prenda la natura d'un altro; ma so, che 'l permette nel proprio genere. Così la 13
dazione in pegno, *cessante diu debitore*, passa in dazione *in solutum* (*a*). Così l'istituzion dell'erede, che come *diretta* non vale, si sostiene come *fedecommesso* (*b*). Ma 14
non consenton le Leggi, che un atto d'un genere, non potendo valer come tale, vaglia come un atto d'un altro genere. In tutto il corpo della Romana giurisprudenza un solo caso si trova, nel quale un atto tra' vivi, 15

che

(a) *Scaevola in L. qui habebat* 101. *pr. de leg.* 3. *De Luca de usur. disc.* 10. *num.* 4.

(b) *L.* 2. §. 4. *ff. de jur. codic.*

che come tale non può valere, ſoſtienſi come ultima volontà: ed è'l caſo della donazione tra marito, e moglie, che ſi conferma per la taciturnità del donante ſino alla morte, *quaſi teſtamento ſit confirmatum, quod donatum eſt*, come ſcrive Ulpiano (*a*). Ma è quì da notare, che non oſarono i Romani giuriſconſulti di ſoſtenere per interpetrazione l'atto tra' vivi, da principio nullo, come atto di ultima volontà: ch' è quello, che ſi vorrebbe fare nel caſo noſtro. Vi fu biſogno, per teſtimonianza di Ulpiano, (*b*), che l' Imp. Antonino faceſſe recitare nel Senato di Roma una ſua Orazione, perchè quel Senato, che avea la poteſtà di far Leggi, *aliquid laxaret ex juris rigore* Se dunque la donazione tra marito, e moglie confermaſi per la taciturnità ſino alla morte, ciò avviene, perchè la Legge eſpreſſamente il permette: ma 'l permette la Legge in quel caſo ſolo, e per ragion particolare, non a modo di regola, ſicchè poſſa l' interpetre dir lo ſteſſo
16 d' altri atti tra' vivi. La ragion principale, per cui le donazioni tra marito, e moglie appreſſo i Romani non valſero, fu, perchè, permettendo eſſi i divorzj, era da temere, *ne diſtraberentur matrimonia, ſi non donaret is, qui poſſet: atque ea ratione venalia eſſent* (*c*): la qual ragione ceſſava del tutto, quando, *conſtante matrimonio*, moriva il donante ſenza pentirſi della donazione. Oltre
17 a ciò, nel caſo noſtro, richieggono i Dottori, che'l donante uſi eſpreſſamente della facoltà riſervata di diſporre in morte: della diſpoſizion tacita, riſultante dalla taciturnità ſino alla morte, non tengono alcun conto. Doman-

da

(a) *In L. quum hic ſtatus* 32. §. 1. *de donat. int. vir. & uxor.*

(b) *In d. L.* 32. *pr.*

(c) *L.* 2. *ff. eod.*

da l' Amato (*a*), *an ſtante facultate teſtandi, ſi mulier decedat inteſtata, venientes ab inteſtato in ea ſumma ſuccedant*. Riſponde: *Dico, tunc ab inteſtato venientes penitus excludi debere, quia actus teſtandi actum poſitivum, & declarationem expreſſae voluntatis decedentis, ac ſolennitates de jure debitas de eſſentia requirit, quae ceſſant in decedente ab inteſtato*. Finalmente ſi noti, che 'l Salgado, il 18
quale inſegna, che non può chi ſi riſervò la facoltà di diſporre in tempo di morte obbligare la quantità riſervata, finge non ſolamente il caſo del donante ancor vivo, ma 'l caſo ancora dell' erede del donante (*b*).

Si dice in ſecondo luogo, che quando non valeſſe l' ipoteca de' duc. 500., reſterebbe ingannato il creditore, che ha dato il ſuo danaro ſeguendo la fede del debitore, contr' a ciò, che richiede il pubblico ben de' commerzj.

Si riſponde, che toteſto argomento prova troppo, e per conſeguenza non val per nulla. Se valeſſe, ſi avrebbero a ſoſtenere le ipoteche, e le vendite delle robe aliene. E poi, nel caſo noſtro, non fu 'l Fajella ingannato: e dee dolerſi di ſe più che d' altrui. D. Gennaro Falangola, ipotecando i duc. 500. diſſe, che ſe ne avea riſerbata la diſpoſizione nella donazion fatta al fratello. *Qui cum alio contrahit*, dice Ulpiano (*c*), *vel eſt, vel* 19
debet eſſe non ignarus conditionis ejus. Dovea dunque il Fajella oſſervare la donazione, e 'l tenor della riſerva. Avrebbe allora conoſciuto, che la diſpoſizion riſervata, era diſpoſizione *in tempo di morte*, e non avrebbe dato il danaro.

Ultimamente ſi dice, che 'l donatario univerſale tie- 20

(a) *Reſolut. lib. 2. cap. 76. num. 56.*
(b) *In d. cap. 18. num. 1.*
(c) *In L. 19. ff. de reg. jur.*

ne il luogo d'erede: onde, tuttochè non vaglia l'ipoteca de' duc. 500., effer dee tenuto D. Niccolò com' erede di D. Gennaro.

Si risponde, che quanto è vero, che 'l donatario universale è in luogo d'erede, altrettanto è vero, che non è tenuto, che pe' debiti contratti fino al dì della donazione. In un solo caso potrebbe esser tenuto anche pe' debiti contratti dopo, quando fosse donatario anche de' beni futuri, e 'l donante, esercitando negozj da render migliore la condizione del donatario, contraesse debiti con buona fede: ch'è 'l caso, che in un de' suoi *discorsi* trattò 'l de Luca (*a*).

Di Casa il dì 28. del mese di Luglio dell'anno 1760.

Giunta alla Scrittura per D. Niccolò Falangola.

PEr principj saldissimi di jus Civile, per autorità di quasi tutti i Dottori, e per esempj di cose giudicate si dimostrò nella Scrittura del dì 28. del mese di Luglio del discorrente anno 1760., che avendosi D. Gennaro Falangola nella donazion, che fece a D. Niccolò suo fratello, riserbata la facoltà di disporre, *in tempo di morte*, della somma di ducati 500, non potea disporne per atti tra' vivi: e che seguentemente avendola ipotecata a benefizio d'un suo debitore, l'ipoteca fu nulla. E pure altrimenti si giudicò dal S. Consiglio. Ma nella giu-

(a) *De donat. disc.* 46.

giuſtizia dello ſteſſo S. Conſiglio ſi ſpera, che ſi abbia oggi a rivocar quel decreto.

Nella contraria Scrittura, cui non mi riuſcì di leg- 21
gere, primachè quel decreto ſi profferiſſe, a' tanti Dottori, che da me ſi eran citati, ſi oppoſe un luogo del ſolo Antonino Amato, ch' è queſto (*a*): *Poſſet dubitari, an, ſtante dicta facultate teſtandi, liceat mulieri inter vivos de ea portione diſponere: in quo valde movet auctoritas Deciſionis Senatus Cathaloniae relatae per Fontanellam de pact. nuptial. clauſul.* 5. *gl.* 10. *p.* 1. *n.* 17. *v.* & vide etiam, *qua fuit reſolutum, eo caſu eſſe datam facultatem diſponendi ne dum in ultima voluntate, ſed etiam inter vivos.*

Ecco i fati delle cauſe. Il luogo d' Amato non ſi 22
traſcriſſe intero. Antonino Amato ſemplicemente rapporta la Deciſione del Senato di Catalogna, ma non l' approva. Non ſolo non l' approva, ma l' impugna. Nella contraria Scrittura ſi legge, *Valde movet auctoritas Deciſionis &c.* Appreſſo l' Amato ſi legge, *Licet valde moveat auctoritas Senatus*, con quel che ſegue: indi ſi ſoggiungon parole, cui di traſcriver non piacque all' Autore di quella Scrittura, e ſon queſte: *Tamen adverſus determinationem praedicti Senatus conſiderari poteſt, ut eo caſu non liceat mulieri per actum inter vivos de ea portione diſponere, de qua data eſt facultas teſtandi, quum nihil commune habeat diſpoſitio inter vivos cum ea, quae ex teſtamento, vel alia cauſſa mortis ultima diſpoſitione perficitur, & diſpoſitio inter vivos diceretur prohibita, veluti in tempus prohibitum collata, quum uno tempore permiſſum, alio cenſeatur prohibitum.* Ecco che l' autorità d' Amato, anzi che nuocere al mio cliente, gli giova. Nè gli può nuocere la Deciſione. Amato dice, che 'l Senato di Catalogna permiſe alla donna di diſporre per atti tra vivi,

(a) *Reſol.* 76. *num.* 55. *p.* 2.

to caſu. Noi non ſappiamo le circoſtanze di quel caſo. Forſe ſi giudicò per congetture della volontà de' contraenti, che ſi traevano dalle circoſtanze particolari di quel caſo. Si aggiunge, che'l Fontanella, il quale, prima di Amato, rapportò quella Deciſione, non ebbe l'ardimento d' inſerirla ne' due volumi, che ſcriſſe delle Deciſioni di quel Senato: anzi nella medeſima Opera, *De pactis nuptialibus*, il contrario inſegnò, attenendoſi alla dottrina del Bartolo (*a*).

Ma la cauſa ſi tratta oggi *in grado di nullità:* nè vale l'autorità de' Dottori. Io dunque oppongo al decreto del S. Conſiglio l'iſtrumento della donazione, in cui riſerboſſi il donante la facoltà di diſporre *in tempo di morte*. Queſte parole nulla opererebbero, ſe ſi permetteſſero anche gli atti tra vivi, poichè baſtava, che ſi riſerbaſſe indefinitamente la facoltà *di diſporre*. Or in
23 più luoghi de' libri della Legge è ſcritto, che le parole debbono operar qualche coſa. Così leggo, per tacere degli altri, in un luogo del giuriſconſulto Africano (*b*): per lo qual luogo ſcriſſe il Gotofredo: *Verborum interpretatio ea ſumenda eſt, ut nihil fruſtra adjectum videatur:* e tra' forenſi il Mantica (*c*): *Nullum verbum, etiam minimum, debet eſſe ſuperfluum, aut otioſum, imo nec ſyllaba, ſi fieri poſſit, debet eſſe ſuperflua.... & verba ſunt etiam*
24 *impropriiſſime accipienda, ne ſint ſupervacua*. In un ſolo caſo può'l giudice dipartirſi da coteſta regola, quando, ſe foſſero le parole operatrici di qualche coſa, ne ſeguirebbe contraddizione, od altro graviſſimo aſſurdo, ſecondochè lo ſteſſo Mantica inſegnò (*d*). Ma nè contraddizio-

(a) *Part. 1. clauſ. 4. gloſ. 23. num. 19.*
(b) *In L. ſi quando 109. pr. ff. de leg. 1.*
(c) *De conject. ult. vol. lib. 3. tit. 6. num. 1.*
(d) *In d. tit. 6. num. ſeqq.*

zione, nè grande assurdo ne seguirebbe nel caso nostro.

Oppongo al decreto un testo di Papiniano (*a*): *Veteribus placet, pactionem obscuram, vel ambiguam, iis nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.* La riserva della facoltà di disporre *in tempo di morte*, secondo la comune interpetrazion de' Dottori, chiaramente esclude gli atti tra' vivi. Ma poichè si pretende, che sia un' espressione oscura, o dubbia, io per ora il concedo: se non che domando, chi fu, che cotesto oscuro, o dubbio patto apposè alla donazione? L' apposè di certo il donante. E se così è, si vuole interpetrar contra lui, *in cujus fuit potestate legem apertius conscribere.*

Oppongo al decreto (ed ora si torrà via qualunque dubbio) un altro testo del medesimo Papiniano (*b*). Aveva un padre ordinato per fedecommesso ad una figlia, che avesse ad un de' suoi figli restituiti alcuni predj nel tempo della morte: *A filia pater petierat, ut, cui vellet ex liberis suis, praedia, QUUM MORERETUR, restitueret.* Costei restituì que' predj ad un de' figli per atti tra' vivi: *Uni ex liberis praedia fideicommissi, VIVA, donavit.* Si dubitò, se la disposizion fatta da colei, scegliendo per atti tra' vivi uno de' figli, valesse. Papiniano rispose di nò. *Non esse electionem videbatur:* sul qual testo così scrisse il Gotofredo: *Eligere qui debet, quum morietur, ante mortem eligere non potest: eligendo ante mortem, nihil agit.* Qual più chiaro ed espresso testo si può produrre contr' al decreto del S. Consiglio? La figlia, nel caso di Papiniano, potea scegliere un de' suoi figli, e con quella scelta disporre, *quum moreretur.* Potea nel caso nostro disporre D. Gennaro *in tempo di morte.* Mutati i nomi, il caso è lo stesso. La figlia, nel caso

(a) *In L. veteribus 39. ff. de pact.*
(b) *In L. 77. §. 10. de leg. 2.*

caſo di Papiniano, diſpoſe *viva:* nel caſo noſtro, D. Gennaro, *vivus*. Non ci è differenza tra l'un caſo, e l'altro. Se dunque nel caſo di Papiniano fu nulla la diſpoſizion della figlia; fu parimente nulla, nel caſo noſtro, la diſpoſizione di D.Gennaro.

Ma diaſi all'Avverſario, che potea D. Gennaro diſporre tra' vivi della ſomma di duc. 500. Pur nullo è 'l decreto del S. Conſiglio. La riſerva della facoltà di diſporre de'duc. 500, fece, che D. Niccolò donatario reſtaſſe debitore di quella ſomma, caſo che 'l donante ne diſponeſſe. Or coteſto nome di debitore ipotecò D. Gennaro a benefizio d' un ſuo creditore. Eſſendo così, quando di provar mi rieſca, che pagò D. Niccolò a D. Gennaro il debito de' duc. 500., ne ſeguirà per conſeguenza neceſſaria, che l'
27 ipoteca del tutto ſi eſtinſe. E' maſſima indubitata di Legge, che ſe 'l debitore del mio debitore o paga il debito, o tranſige col ſuo creditore, o per qualunque altro modo è dal creditor liberato, ſi eſtingue l'ipoteca a mio benefizio coſtituita ſul nome di quel debitore, quandochè non abbia io legittimamente denunziato al debitore del mio debitore, che non pagaſſe, perchè mi era ſtato ipotecato quel credito. Così da tutti s'inſegna (*a*): così fu deciſo nel S. Conſiglio (*b*): così nelle Leggi
28 è preſcritto (*c*). Ed è quì da notar la differenza tra l'ipoteca coſtituita su i corpi, e l'ipoteca coſtituita su i nomi de' debitori. La prima, alienati i corpi, non ſi eſtingue: la ſeconda ſi eſtingue, pagato il debito (*d*). Or coſta

(a) *Cancer. var. p. 3. cap. 2. n. 126. Olea de ceſſ. jur. tit. 8. q. 2. num. 24. Card. de Luca de credit. diſc. 40. num. 5.*

(b) *Afflict. deciſ. 190.*

(c) *L. grege 13. §. etiam 4. ff. de pign. L. nomen 4. C. quae res pign.*

(d) *Cancer. loc. cit.*

coſta dalla relazione dello ſcrivano della cauſa preſſo gli atti, che D. Niccolò Falangola pagò di ſuo danaro ducati 350. per debiti da D. Gennaro contratti prima della donazione, e duc. 691. per debiti contratti dopo. E perchè non ſi dica, che pagati gli aveſſe non di buona fede, nel qual caſo non eſtingueſi mai l' ipoteca (a), ſi noti, che gli pagò dopo ſpedite contra D. Gennaro le lettere eſecutoriali. Nè ci ſarà chi creda, che D. Niccolò, pagando, ebbe l'animo di donare. La donazione non ſi preſume mai: e molto meno ſi preſumerà nel caſo noſtro. La donazione fu molto oneroſa, e comprendea molta roba, che a D. Niccolò ſpettava in virtù di decreto *ſpectaviſſe*, & *ſpectare*. E ciò tanto è vero, che quando ſtimi giuſto il S. Conſiglio di confermare il ſuo decreto, D. Niccolò rinunzia preſſo gli atti la donazione, che gli fu fatta, come quella, che in danno gli torna.

Di Caſa il dì 15. del meſe di Decembre dell' anno 1760.

Pe'

(a) *De Luca loc. cit.*

Pe' Cherici Regolari di S. Paolo decollato, detti comunemente *Barnabiti*, contr' i Nobili dell' Illuſtre Piazza di Portanova.

ARGOMENTO.

Si eſamina in quali caſi competa, e in quali altri non competa al donante azione contro del donatario, ſe da coſtui non ſienſi oſſervati gli adempimenti, i peſi, e i modi appoſti nella donazione.

L' azion perſonale da conſeguir l' uſo, o l' uſufrutto, fra quanto tempo ſi tolga.

In qual modo la ſervitù, e l' acquiſto dell' uſo, o dell' uſofrutto ſi perdano.

SOMMARIO.

1 QUal *ſia la donazione, che chiamaſi donazione* ob rem, o ſub modo, *od impropria, e cauſativa.*

2 *Dove il modo, alla donazione appoſto, ſia* poſſibile *ad oſſervarſi, e per colpa del donatario non ſi oſſervi, compete al donante azione contr' al donatario.*

3 *Tutte le convenzioni degli uomini, anche giurate, s' intendono* rebus ſic ſtantibus. *E della forza di queſta clauſola.*

4 *Quando all' emolumento va unito il peſo, tanto dura il peſo ingiunto, quanto dura l' emolumento. Il che maggiormente ha luogo ne' contratti, che hanno tratto ſucceſſivo.* Ved. il num. ſeg.

5 *In que' contratti, che han tratto ſucceſſivo, per conoſcerſi ſe leſione ci ſia, non ſolamente deeſi attendere il*

tem-

Digitized by Google

tempo del contratto; ma eziandio il tempo ſucceſſivo.

6 *Le ſervitù coſtituiſconſi per patti, e per ſtipulazioni: il che aſſi ad intendere dell' acquiſto dell' azione, e non già della ſervitù:* Ved. il num. ſeg.

7 *Nelle ſervitù, e in tutte le coſe incorporali, ſi acquiſta l' azione per mezzo della tradizione, la quale conſiſte nell' uſo, e nella pazienza.*

8 *L' azion perſonale per conſeguirſi l' uſo, o l' uſufrutto, ſi toglie per la preſcrizion del tempo lungo:* Ved. il num. 11.

9 *L' uſo, o l' uſufrutto, che per la tradizione ſi ſono acquiſtati, ſi perdono* non utendo per tempus. *E per qual tempo ſi perdevano prima de' tempi dell' Imp. Giuſtiniano:* Ved. il num. ſeg.

12 *Si perde la ſervitù, dove chi può far' uſo della coſa, ſulla quale tien ſervitù, fa uſo di un' altra, su di cui non ha azione di ſervitù.*

13 *Quali ſono propriamente gli atti facoltativi non ſoggiacenti a preſcrizione.*

14 *In quali caſi ha luogo la preſunzione della remiſſione dell' adempimento, o di altro peſo riſultante dall' acquieſcenza, e dalla ſuſſecutiva perſeveranza, ed oſſervanza del contratto.*

15 *Per quali circoſtanze ceſſi la preſunzione dell' atto facoltativo, ed entri la preſunzione della neceſſità, e della facoltà eſcluſiva, anzi che no.*

ALLEGAZIONE II.

I Nobili della Illuſtre Piazza di Portanova porſero ſupplica nell' anno 1758. alla Maeſtà del Re Cattolico, allora quì felicemente regnante, contr' a' Cherici Regolari di S. Paolo decollato, comunemente detti *Padri Barnabiti*, pe' quali ora io ſcrivo. Dopo avere eſpoſta la do-

nazione lor fatta fin dall' anno 1609. della Chiesa di S. Maria detta *in Cosmodin*, di più case da potervi abitare, e di molte rendite da potersi mantenere: ed un' altra donazione lor fatta di ducati mille in virtù d' una *Conclusione* dell' anno 1618., si dolsero, che avevano i Padri contravvenuto a' patti espressamente apposti alle due suddette donazioni: parimente si dolsero, ch' e' ricusavano di ammettere al lor Collegio cittadini Napoletani, e Regnicoli: ed implorando la suprema potestà del Principe, pretesero, che si fosser coloro obbligati alla osservanza de' patti, e ad accettare cittadini Napoletani, e Regnicoli. Or io dimostrerò, ch' e' si dolsero, e si dolgono a torto.

CAPO I.

I PP. Barnabiti non han mai contravvenuto all' istrumento dell' anno 1609.

LA donazione degli annui duc. 700. si fece a' PP. Barnabiti col peso, che fosser tenuti *di mantenere in perpetuo un Collegio non meno di dodici Sacerdoti per celebrare le sante Messe, e recitare i Divini uffizj secondo il loro istituto, ed anco clerici, e laici, quanti fosser bisogno per la Chiesa, e Collegio*. A cotest' obbligo, da' Nobili di Portanova si dice, che abbian mancato i Padri.

I Padri, con quella ingenuità, che lor conviene, più che ad altrui, non negano, che 'l numero de' Padri, onde costa il Collegio, da qualche tempo è minore; ma dicon però, che non si può quinci trarre, che si sia contravvenuto all' istrumento dell' anno 1609.

A più chiaro intendimento delle cose, che son per dire, si vuol quì notare, che nel medesimo istrumento fu-

ſurono ingiunti a' Padri tre altri obblighi, cui, ſenza gran danaro, non ſi potea ſoddisfare. Il primo è l'obbligo d'*un anniverſario ſolenne per l'anime de' Cavalieri, loro mogli, e donne defunte:* per lo quale anniverſario, poichè ſi celebra con muſica, e con tutta la poſſibile ſolennità, ſi ſpendono almeno 10. ducati. Il ſecondo è, *che nel giorno della purificazione di noſtra Signora ſi dia, in ſegno di ricognizione, alli Signori ſei, e Sindaco una candela di una libra, ed alli Capi di famiglia una di mezza libra, ed anco la palma la Domenica delle palme,* per le quali cere, e palme ſi ſpendono annui duc. 20. Il terzo è, *che quando al Giovedì ſanto ſi farà in Chieſa il mandato dal Signor Sindaco, debbano i Padri aſſiſtere, e fare l'uffizio ſolito:* il quale *uffizio ſolito* è, che tolgano i Padri a fitto tutto il convenevole argento, e diano a dodici poveri due carlini, ed un pane per ciaſcuno: nè ſi adempie, che con annui duc. 4. almeno. Oltre a ciò il mantenimento, e'l culto della Sagreſtia, e della Chieſa richieggono almeno annui duc. 200., ſicchè dagli annui duc. 700. ſon da dedurre annui 234., e reſterebbero ſoli 466. per lo mantenimento di ſedici perſone; cioè di *dodici Sacerdoti, che celebrino le ſante Meſſe,* e di quattro *laici*, quanti ne biſognerebber loro ſecondo il proprio iſtituto: e così ciaſcuno avrebbe pe' ſuoi alimenti non più che annui duc. 30., quanti non baſtano ad alimentare una viliſſima fante. Che ſe nel paſſato ſecolo, quando eran men cari i prezzi delle coſe, non era chi poteſſe con annui duc. 30. provvedere a' biſogni della vita, chi'l potrà fare a dì noſtri?

Nulla ho voluto quì dire dell' obbligo perpetuo a' Padri ingiunto di celebrare 1075. meſſe l'anno, quante ne ſono notate in una *tabella* data loro da' Nobili; poichè mi ſi potrebbe riſpondere, che le limoſine aſſegnate per la celebrazione di quelle meſſe, quantunque ſieno

una parte degli annui ducati 700., nondimeno ſi convertono in uſo de' Padri. Ma pur ſarebbe da riflettere, ch' eſſendo i Padri obbligati alla celebrazione d' un sì gran numero di meſſe, non poſſono ſperarne altronde. Quel, che non è da omettere, ſi è, che ſebbene aveſſero i Nobili pagato a' Padri gli annui duc. 700. ſino all' anno 1636., nondimeno dieder loro in quell' anno *in ſolutum* alcune rendite, e, fra le altre, annui duc. 47. ſopra l' arrendamento della farina, ed annui duc. 32. e gr. 46. dovuti a' Nobili dagli eredi di Milo. Ma dal ſuddetto arrendamento, in vece di annui 47., hanno eſatto i Padri per lo ſpazio di 124. anni, quanti ne ſon corſi ſinora, non più che annui 37; ed avendo poi gli eredi di Milo reſtituito a' Nobili nell' anno 1713. il capitale di annui duc. 25. e gr. 46., è coteſta rendita mancata a' Padri per lo ſpazio d' anni 47. Si aggiunge, che nell' anno 1637. ſi fece *Concluſione* dall' Illuſtre Piazza di Portanova, che ſi deſſero a' Padri, come in fatti ſi dieder loro *in ſolutum*, cinque botteghe *con doverſi da' Padri a benefizio della Piazza eſtinguere, e retrocedere annui duc.* 200. *della ſomma delli duc.* 700. *annui*: nè da' fitti di coteſte cinque botteghe ritraſſero i Padri più di annui 125. ſino all' anno 1704. Finalmente nel ſuddetto anno 1704. dovettero i Padri permettere, che ſi atterraſſero, per l' ampliazion del *Sedile*, tre delle ſuddette botteghe, ſenza che ne foſſe ſtato loro rifatto il danno: e poichè nè queſta permiſſione, nè quella dazione *in ſolutum* fu munita di aſſenſo Appoſtolico, neceſſariamente ne ſegue, eſſere i Padri creditori di conſiderevoliſſime ſomme, che non ſi ſono ancora pagate loro. Deducanſi ora dagli annui ducati 466. tutte coteſte ſomme, e ſi troverà, che la donazion fatta a' Padri per 124. anni è ſtata di annui 299., e per 47. anni di ſoli annui 274. E pur non ſi è dedotta la rendita delle tre botteghe, che furono de-

mo-

molite l' anno 1704: rendita, che dovea trapaſſare annui ducati 100., giacchè cinque botteghe furon date per annui 200.

Poſto ciò, non han di certo contravvenuto i Padri all' iſtrumento dell' anno 1609. La donazione lor fatta non fu già una mera e propria donazione, ma fu del genere di quelle, che ne' Libri delle Leggi ſi chiamano donazioni *ob rem*, *o ſub modo* (a). Or comechè non ſia da dubitare, che debba il donatario oſſervare il modo appoſto alla donazione, e che non oſſervandoſi competa contra lui azione al donante; nondimeno è ciò da intender del modo, che ſia *poſſibile*, e che per colpa del donatario non ſi ſia oſſervato. Così gl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (b): *Dictam Legem donationi, ſi non impoſſibilem contineat cauſſam* (la cauſa è quì lo ſteſſo, che 'l modo) *ab eo, qui hanc ſuſcepit, non impletam, condictioni facere locum, juris dictat diſciplina. Quapropter ſi titulo liberalitatis res tuas in ſponſam conferendo, certam dixiſti legem; nec huic illa, quum poſſet, paruit, ſucceſſores ipſius convenire non prohiberis.* Le parole, *ſi NON IMPOSSIBILEM contineat cauſſam:* e le parole, *nec huic illa, QUUM POSSET, paruit*, moſtran chiaro, che non altrimenti ſi fa luogo all' azione, che quando il donatario non oſſervi per propria colpa il modo, che alla donazione ſi appoſe. Or ſi è moſtrato, che fin dal principio non potean convenevolmente mantenerſi ſedici perſone con annui duc. 466. 1

Ma quando pur ſi conceda, che quell' annua rendita da principio baſtaſſe, certamente, eſſendoſi col proceder del tempo incariti i prezzi delle coſe; ed oltre a 2

ciò

(a) *L. damus* 52. *ff. de condict. indeb., ac tit. C. de donat. quae ſub modo.*

(b) *In L. dictam* 8. *C. de condict. ob cauſ.*

ciò diminuita d' assai quell' annua rendita per fatto de' medesimi Nobili, non potea più bastare: e seguentemente cominciarono i Padri a non esser tenuti di osservare il modo, qual fu da principio apposto alla donazione. Si
3 sa, che tutte le convenzioni degli uomini, anche giurate, s'intendon fatte sotto la condizione, *rebus sic stantibus*. Il dotto Barbosa, esaminando la forza di quella clausola, scrive (*a*): *Haec clausula regulariter intelligitur in quacumque dispositione, obligatione, & promissione, vel pacto, etiam juramento firmatis:* quinci deduce, che a bene interpetrare i patti, è da attender lo stato delle cose nel tempo, in cui si fecero (*b*): *Unde promissio debet intelligi secundum statum, qui tempore promissionis vigebat*. Si trae cotesta massima da un bel testo del giurisconsulto Pomponio (*c*), sul quale è da vedere il co-
4 mento dell' Alciato. Parimente si sa, che quando all' emolumento va unito il peso, tanto dura il peso ingiunto, quanto dura l'emolumento. Egli è questo un principio indubitato di naturale equità: ed in un caso simile al nostro ne usò la Ruota Romana (*d*). E ciò molto più deve aver luogo, quando la convenzione è tale, che non si perfeziona per un atto solo, ed in un punto; ma, come suol dirsi, *ha tratto successivo*, sicchè in un
5 certo modo si rinnovi in ogni anno: nel qual caso, anche trattandosi di lesione, per cui voglion le Leggi, che 'l solo tempo del contratto si attenda (*e*), è proprio dell' uffizio del Giudice risguardare il tempo *successivo*: e, quandochè si trovi, che 'l contratto, da principio giusto,

è di-

(a) *De clausul. cap.* 129. *num.* 2.
(b) *Num.* 4.
(c) *In L. boves* 79. §. *hoc sermone* 1. *ff. de verb. sign.*
(d) *Recent. p.* 18. *tom.* 1. *decis.* 13. *n.* 8. 9. & 10.
(e) *L.* 8. *C. de rescind. vend.*

è divenuto dopo qualche tempo iniquo e leſivo, ridurlo alla giuſtizia, ed alla equità. Così, per l'autorità di molti ragguardevoli Dottori, ſcriſſe il Larrea, parlando d'una locazione di più anni (*a*): così'l Cancerio, allegante una deciſione del Senato di Catalogna (*b*): così 'l Perezio (*c*), ed altri, che per brevità non mentovo a nome. Ma non poſſo fare a meno di non traſcriver quì due luoghi, l'uno del Teſauro, l'altro del Card. de Luca. Le parole del primo ſono (*d*): *Reductio contractus ad aequitatem fieri debet, quando res tractu temporis efficeretur iniqua: & haec eſt ſingularis, & mirabilis facultas judicibus data, ut hoc caſu poſſint, etiam contra paciſcentium pactionem, & ſtipulationem, pronunciare, & ad aequitatem reducere.* Le parole del ſecondo ſono (*e*): *Quamvis regula ſit, ut ad effectum laeſionis attendendum ſit tempus initi contractus, & non quod inde caſualiter contingit, quia ſicut caſus dedit damnum, ita etiam poterat dare commodum; attamen id procedere dicebatur in iis conventionibus, quae unica vice, ſive actu terminantur, ſecus autem in habentibus tractum ſucceſſivum, & perpetuum, quia ſi tractu temporis RERUM STATUS ITA IMMUTATUR, quod antiqua conventio, attento tempore praeſenti, ſatis injuſta, & iniqua efficiatur, intrat judicis officium pro illa ad juſtitiam, & aequitatem reducenda.* La ſteſſa maſſima ſi propone dal medeſimo dottiſſimo Autore in più altri luoghi delle Opere ſue (*f*).

CA-

(a) *Deciſ. 79. num. 16. & ſequ.*
(b) *Var. reſol. p. 2. cap. 1. num. 274.*
(c) *In tit. Cod. de reſcind. vend. n. 11.*
(d) *Deciſ. 226. num. 1.*
(e) *De regal. diſc. 73. n. 4. & 5.*
(f) *De regal. diſc. 156. num. 11., & de decim. diſc. 3. num. 15.*

CAPO II.

I PP. Barnabiti non han mai contravvenuto alla Concluſione dell' anno 1618.

NElla *Concluſion* fatta da' Nobili della Illuſtre Piazza di Portanova il dì 8. del meſe di Luglio dell' anno 1618. ſi promiſero a' Padri *duc.* 1000. *per elemoſina, con condizione però, che doveſſero ritirare la facciata della Chieſa più indietro di quel, che allora ſi ritrovava, in modo che reſtaſſe più ſpazioſa la piazza avanti del Seggio*. Si aggiunſe ancora, che i ſuddetti duc. 1000. ſi deſſero a' Padri *dappoichè aveſſero conſegnato un pajo di ſtanze onorevoli per ſervizio di detta Piazza*. Or dicono i Nobili, che a coteſta *Concluſione* ſi è contravvenuto da' Padri, poichè, ſebbene ſi foſſer pagati loro i duc. 1000.; nondimeno nè la facciata della Chieſa ſi è perfezionata, nè ſi ſono conſegnate le due ſtanze.

Ma non han di certo contravvenuto i Padri alla ſuddetta *Concluſione*. La facciata della Chieſa ſi è da gran tempo *tirata indietro più di quel, che ſi ritrovava:* e ſi è già da' Nobili ottenuto il fine, che ſi propoſero. Il fine fu, che *reſtaſſe più ſpazioſa la piazza avanti del Seggio:* e tanto *ſpazioſa è reſtata*, che più ſpazioſa reſtar non potea. La facciata ſi è tirata indietro vedendolo i Nobili: nè dall' anno 1704., quando pagarono i ducati 1000., ſi ſon mai doluti de' Padri ſino all' anno 1758.

Ma la facciata non ſi è ancora abbellita. Pur troppo il veggono i miei clienti: e comechè loro importi, più che a' Nobili, che ſi abbelliſca, nol poſſon fare, perchè lor manca il danaro. Le ſpeſe fatte da loro nella

fac-

facciata giungono a quasi 1700. ducati; e se ne producono i documenti. Sanno essi buon grado a' Nobili del bel dono lor fatto de' duc. 1000.: ma s' e' potean prevedere, che doveano spendervi altri 700. ducati, rendute prima a' di loro benefattori le debite grazie, l' avrebbero rifiutato. Si aggiunge, che i Padri, per rendere più spaziosa *la Piazza avanti al Sedile*, soggiacquero a un nuovo peso, cui, per la suddetta *Conclusione*, non dovean soggiacere: e fu la *demolizione di alcune lor case*. Di ciò nulla si disse nella *Conclusione*: ma i Nobili sel fecero prometter prima di pagar loro il danaro. In una *girata* del dì 28. del mese di Luglio dell'anno 1704. io leggo, che la demolizione di quegli edifizj erasi stabilita *ultimamente*. Era dunque un nuovo peso, non dipendente dalla *Conclusione* fatta ottantadue anni prima. Leggo in un' altra *girata* del dì 15. del mese di Marzo del medesimo anno: *Quale demolizione d. P. Prepositto ha promesso far fare tra giorni* 20., *e perciò il rimanente pagamento se gli farà di partita in partita, come d. PP. anderanno demolendo*. Dunque a' Nobili importava la demolizione di quelle case: i Nobili la richiesero, e v' indussero i Padri: i Nobili la fecero diventar parte di quell' antico prezzo, che non comprendea cotesto nuovo danno de' Padri.

Si venga ora alle *stanze* da' Padri promesse, e poi negate, ch' è quel, che più importa. Più cose dicono i Nobili nella *Supplica* umiliata alla M. del Re. Dicono, che nell' istrumento dell' anno 1609. si riservarono essi *la potestà di far piazza e congregazione nella Sagrestia*. E ciò non si nega. Confessano di avervi per qualche tempo tenute le loro adunanze; ma soggiungono, che *fingendosi indi da' PP. esser quel luogo impedito, richiesero i Cavalieri della Piazza di congregarsi in un' altra stanza, dove ne' giorni festivi soleva unirsi una fratellanza*

laicale, e poi con manifesto e positivo spoglio, essendosi serviti di detta Congregazione per ingrandire il loro Collegio, ed aggiungere alle loro stanze nuovi comodi, si han fatto lecito così de facto privargli anche di tal luogo, pretendendo, che si abbiano da radunare in luogo niente decoroso, e finanche in qualche corridore del Monistero. Non si ricordano i PP. Barnabiti di essere stati mai cotanto ingrati verso i loro benefattori. Nella Sagrestia si sono sovente adunati i Nobili della Illustre Piazza di Portanova, e vi si potranno, quando lor bene ne verrà talento, liberamente adunare. La stanza, dove prima adunavansi que' *fratelli*, da cui la comperarono i Padri, e dove poi piacque a' Nobili di adunarsi, è troppo noto, ch' essendo rovinosa, fu mestiere, che si atterrasse: e si mutò poi in un corridore largo cinque, o sei palmi, ed in una picciola scala. Che se ciò si fosse fatto per ispogliarne i Nobili, come nella *Supplica* si dice, è verisimile, ch' e' l'avrebbero portato in pace? Finalmente pretendono essi *un pajo di stanze onorevoli* in virtù della *Conclusione* dell' anno 1609. E' non le anno mai chieste fino all' anno 1758. Nella *Supplica* umiliata al Re la prima volta le han chieste. E' da vedere, se non avendole chieste per tanto tempo, le possano chieder' oggi per giustizia.

Non si dubita, che di quelle *due stanze* espressamente si parlò nella suddetta *Conclusione*; ma più cose son quì da notare. E primieramente i Nobili non acquistaron mai la suddetta servitù dell' uso, ma la sola azione acquistarono per costringere i PP. a permetter loro di
6 usarne. Quel, che dice nelle Istituzioni (*a*) Triboniano, *costituirsi le servitù per patti, e per stipulazioni*, da' buoni interpetri, e nominatamente dal Vinnio, s' intende
7 dell' acquisto dell' azione, non della servitù. Perchè questa

(a) *Lib.* 2. §. 4. *de servit. rust.*

ſta ſi acquiſti, richiedeſi la tradizione, che, dove ſi tratti di coſe incorporali, conſiſte nell' uſo, e nella pazienza (*a*). Ma l' azion perſonale per conſeguir l' uſufrutto 8
(lo ſteſſo è da dire, per inſegnamento del medeſimo Triboniano (*b*), anche dell' uſo) ſi toglie per la preſcrizione del tempo lungo; cioè di 10. anni tra' preſenti, e di 20. tra gli aſſenti, ſebbene le altre azioni perſonali regolarmente ſi preſcrivano per lo ſpazio di 30. anni. Così piacque all' Imperador Giuſtiniano (*c*). Or non ſolo dieci, ma venti, trenta, e più anni ſon corſi, ſenzachè ſi ſia da' Nobili iſtituita l' azione. Secondamente, quando concedaſi, che ſi foſſe da' Nobili acquiſtata la ſervitù, è da notare, che l' uſo, già per la tradizione acquiſtato, ſi perde *non utendo per tempus*, come Triboniano inſegna nelle ſue Iſtituzioni (*d*): e comechè così ſcriva in parlando dell' uſufrutto, nondimeno lo ſteſſo Triboniano altrove (*e*) inſegna, che co' medeſimi modi ſi perdono l' uſufrutto, e l' uſo. Prima de' tempi dell' Imperador Giuſtiniano perdeaſi, *non utendo*, per un anno, ſe la coſa era mobile: per due, ſe la coſa era immobile (*f*). Eſteſe dappoi Giuſtiniano gli antichi tempi ad anni dieci tra' preſenti, a venti tra gli aſſenti (*g*). E coteſti antichi, e nuovi tempi, e tempi molto più lunghi, ſon già paſſati. E non ſolo perchè paſſato è 'l tem- 9 10 11

(a) *Vinn. in d. §. num.* 5.
(b) *Lib.* 2. *Inſt. de uſu.*
(c) *L.* 16. *C. de uſufr.*, *in quam vide Accurſ. Gipban.*, *& Wiſenbach.*
(d) *Lib.* 2. §. 3. *de uſufr.*
(e) *Lib.* 2. *pr. de uſu.*
(f) *Paul. lib.* 3. *ſent. tit.* 6. §. 30.
(g) *L. ſicut* 13. *C. de ſervit. & aqua*, *& L. un. C. de uſuc. transform.*

po ſenza far uſo di quelle ſtanze ſi ſarebbe da' Nobili perduta la ſervitù; ma ancora, perchè dopo la *Concluſione* dell'anno 1618., e dopo l'anno 1704., nel quale ſi fece il pagamento de' duc. 1000. han fatto uſo d' un' altra ſtanza, cioè della Sagreſtia. Torna bene quì quel
12 bel luogo del Giuriſconſulto Paolo (*a*): *Si quis alia aqua uſus fuerit, quam de qua in ſervitute imponenda actum*
13 *eſt, ſervitus amittitur*. Che ſe ſi dica, che l' uſare di quelle ſtanze era un atto *facoltativo*, e che gli atti *facoltativi* non ſoggiacciono a preſcrizione; riſpondo, che gli atti *facoltativi*, non ſoggiacenti a preſcrizione, propriamente ſon quelli, che ci competono naturalmente, e ſenza alcun noſtro fatto, come, per eſempio, il caminare per la pubblica ſtrada; non già quelli, che ci competono in virtù di convenzione, o d' altro noſtro fatto (*b*), del qual genere era l' uſare, o'l non uſare di quelle due ſtanze: altrimenti niuna azione ſi preſcriverebbe; concioſiechè niuna ce ne ſia, il cui uſo non ſia della fa-
14 coltà, e dell'arbitrio dell' uomo. Finalmente il peſo a' Padri ingiunto di dare a' Nobili *un pajo di ſtanze*, fu da' medeſimi Nobili rimeſſo a' Padri ſin dall' anno 1704. In virtù della *Concluſione* ſi dovean pagare a' Padri i duc. 1000. *dappoichè aveſſero conſegnato un pajo di ſtanze onorevoli per ſervizio della Piazza*. Dunque prima dovean conſegnarſi le ſtanze, e poi farſi i pagamenti. Ma i pagamenti ſi fecero nel ſuddetto anno 1704., e nè prima, nè poi le ſtanze ſi conſegnarono: anzi nelle *girate*, e nell'iſtrumento di *quietanza* non ſe ne fece alcun motto: e pure nel detto iſtrumento ſi eſpreſſero i peſi, cui ſoggiacer doveano i Padri, cioè di *perfezionare la facciata fra 'l termine di meſi 6.*, e di *non fare altre*

coſe

(a) *In L.* 18. *ff. quemadm. ſervit. amitt.*
(b) *Sabelli v.* praeſcriptio, *num.* 19.

coſe accoſto di facciata. Si aggiunge, che dopo quell' anno le adunanze de' Nobili ſi ſon tenute nella Sagreſtia, dove ſi tenean prima in virtù dell' iſtrumento dell' anno 1609. Se non ha luogo, in queſto caſo, quella *remiſſione* del peſo, che, come ſcrive il Cardinal de Luca (a), *reſultat ab acquieſcentia, & ſubſequuta obſervantia*, io non trovo, in quale altro caſo poſſa aver luogo. E perchè non potrebbe ancora dirſi, che avendo i Nobili, ſecondochè ſi è detto, ingiunto a' Padri, quando pagaron loro i duc. 1000., il nuovo peſo della *demolizione di alcune lor caſe*, rinunziarono in compenſazione di coteſto nuovo peſo al jus di uſare di quelle ſtanze? Chi penſaſſe a coteſto modo, non penſerebbe coſa, che veriſimil non foſſe. Le adunanze de' Nobili più comodamente ſi potean tenere in quelle due ſtanze, le cui chiavi ſi doveano dar loro, come nella *Concluſione* ſi eſpreſſe, che nella Sagreſtia: ſtanza deſtinata principalmente ad altri uſi. Perchè dunque non uſaron mai di quelle ſtanze? Perchè mai non ne richieſero i Padri? Di certo non è veriſimile, che l'aveſſero traſcurato. Dunque è da dire, che non ne poteano uſare: e che per giuſtizia non ne poteano far richieſta. E ciò veriſimilmente non altronde naſcea, che dall' eſſerſi eſſi contentati, che i Padri, in vece di aſſegnar loro quelle due ſtanze, aveſſer demolite alcune lor caſe. Chiuderò queſto Capo con un bel luogo del ſopraccitato Card. de Luca (b): *Ubi accedunt duae circumſtantiae, primo diuturna & reiterata frequentia actuum* (ecco le molte adunanze tenute nella Sagreſtia) *& ſecundo inveriſimilitudo negligendi id, quod pro communi uſu negligi non ſoleat* (ecco il non eſſerſi adunati in quelle due ſtanze) *ceſſat praeſumtio facultatis, ac potius*

(a) *De locat. diſc.* 52. *num.* 7.

(b) *De regular. diſc.* 2. *num.* 21. & 22.

rius intrat altera neceſſitatis . . . & facultatis excluſiva.

Ed ecco, che non ſi è da' PP. Barnabiti contravvenuto nè all'iſtrumento dell'anno 1609., nè alla *Concluſione* dell'anno 1618. A quel, che in ultimo luogo ſi dice, che ricuſano i Padri di ammettere al lor Collegio cittadini Napoletani, e Regnicoli, ſi riſponde, che nel lor Collegio di Portanova ci è 'l P. D. Biagio Marrocco Napoletano: che altri, in altri tempi, ci ſono ſtati: che nell'altro loro Collegio di S. Carlo alle Mortelle vi ſono il P. D. Mattia Marrocco, il P. D. Giuſeppe de Luna, e Fratel Gennaro Mareſchi, tutti e tre Napoletani; e che ammetteranno ſempre di buon grado Napoletani, e Regnicoli, quandochè non manchin loro i neceſſarj requiſiti.

Di Caſa il dì 13. del meſe di Giugno dell'anno 1760.

DELLA

Per lo Principe D. Michele Pignatelli contra la Ducheſſa di Cotrofiano.

ARGOMENTO.

I. Se la promeſſa di vendere un corpo feudale richieggа il Regio aſſenſo.

II. Della differenza, che paſſa tra la promeſſa di vendere, e la vendita vera ed effettiva.

III. Chi ha promeſſo di vendere, in qual caſo ſia liberato, offerendo a colui, che voglia comperare quel, che gl'importa: e in quale altro caſo ſia preciſamente tenuto a vendere.

IV. Se la locazione di tempo lungo ſia compreſa ſotto il divieto delle alienazioni ſenz'aſſenſo.

V. Se la locazione di tempo lungo trasferiſca nel conduttore *jus in re*.

VI. Della differenza, che paſſa tra la cauſa *finale*, e la cauſa *occaſionale*, ed *impulſiva*; e de' loro diverſi effetti.

VII. Quando il Regio aſſenſo poſſa dirſi nullo, od inefficace. De' requiſiti della ſua validità. E quando non ſiaci uopo d'impetrarſi.

VIII. Se la promeſſa di alienare i feudi ſi poſsa rivocare da chi l'abbia fatta, e dal ſucceſsore in virtù della Coſtituzione di Federigo II. *Conſtitutionem Divae memoriae*.

SOM-

SOMMARIO.

1 *ALla oſſervanza de' patti non ſolamente ci obbliga l' editto del Pretore, ma ben anche la ſteſſa Legge della natura.*

2 *La condizione ſi ha per adempita, quante volte colui, cui importa di adempirſi, ne impediſca l' adempimento.*

3 *In tutte le cauſe ſi ha per fatto quello, che per altrui impedimento far non ſi poſſa.*

4 *Se la promeſſa di vendere un corpo feudale richiegga il Regio aſſenſo:* Ved. i num. ſeg., e 'l num. 117. e ſeg. e i num. 123. e 124.

7 *Della differenza, che paſſa tra la promeſſa di vendere, e la vendita vera ed effettiva:* Ved. i num. ſeg.

8 *La vendita fa ad altrui acquiſtare il dominio della coſa. Nella vendita aſſi a conſentire nella merce, e nel prezzo; e ſenza prezzo la vendita non vale:* Ved. il num. 10. *Fatta la vendita, è obbligato il venditore alla tradizione:* Ved. il num. 12.

9 *La promeſſa di vendere fa ad altrui acquiſtare una ſemplice azion perſonale:* Ved. il num. 116. e ſeg. *Vale ancor ſenza prezzo:* Ved. il num. 11. *Fatta la promeſſa di vendere, naſce l' azione, per cui ſi obbliga il promiſſore a fare il contratto della vendita:* Ved. il num. 13., e i num. 117. 123. e 124.

17 *La promeſſa dell' uomo libero, o della coſa ſacra, non vale nè meno ſotto la condizione, ſe l' uom libero diventerà ſervo, o la coſa ſacra diventerà profana. Qual ne ſia la ragione:* Ved. il num. ſeg.

19 *In qual tempo i feudi, anche ſenz' aſſenſo, potemſi alienare:* Ved. il num. 55.

20 *L' aſſenſo è una eſtrinſeca ſolennità, che toglie ſolamente l' oſtacolo della Legge:* Ved. i num. 96. e 120.

21 *Se*

21 *Se l' atto della vendita fatta senz' assenso, sia da principio nullo:* Ved. i num. seg.

22 *Le obbligazioni condizionate consistono nella speranza di avere, le quali passano agli eredi, casochè la condizione non trovasi adempita.*

23 *L' assenso può preceder l' atto, e susseguire: e susseguendo, da qual tempo s' intenda confermato.*

24 *La vendita della cosa feudale, è da principio nulla, se scientemente siasi venduta come burgensatica, e senza riserva di assenso. Ma se siasi venduta come feudale, anche senza riserva dell' assenso, è da principio valida:* Ved. il num. seg.

26 *L' assenso, nelle alienazioni, riservato* ex pacto, *se sia necessario impetrarsi, dove per Legge non si richiegga. Si distingue il caso, quando la riserva sia precisa, e fatta colla clausola* & non aliter, *dal caso, quando la riserva sia semplice, e senza tal clausola.*

27 *Chi ha promesso di vendere, in qual caso sia liberato, offerendo a colui, che voglia comperare quel, che gl' importa: ed in quale altro caso sia precisamente tenuto a vendere:* Ved. i num. seg.

28 *Per l' offerta dell'* id, quod interest, *si adempiscono le obbligazioni consistenti nel fare. Come vuolsi intender questa massima:* Ved. il num. seg.

30 *Negli atti umani si attende principalmente quel, che si è voluto da' contraenti:* Ved. il num. 35.

31 *L'* id, quod interest, *consistendo nel fatto, è sempre incerto; e'l più delle volte riducesi a molto poco.*

32 *Dove nella convenzione di vendere siasi tassata la somma, a cui si è da contraenti ridotto quell'* id, quod interest, *se, in tal caso, si perda l' azione contr al promissore a far seguire la vendita; spezialmente, se alla promessa di vendere sia aggiunto il giuramento:* Ved. i num. seg.

33 *La ſtipulazion penale non induce novazione della precedente obbligazione.*

35 *Negli atti umani prevale quel, che ſi è voluto, a quel, che ſi è detto, o ſcritto; e che dall' ordine delle coſe la più forte congettura ſi trae di quel, che più, o men ſi è voluto.*

36 *De' modi violenti, che ſi hanno a tenere per conſtringere il promiſſor contumace a fare preciſamente quel, che dal medeſimo ſi è promeſſo, e non ſi vuol fare:* Ved. i num. ſeg.

37 *Il fatto del Giudice, è 'l fatto della parte:* Ved. i num. 39. e 40.

39 *Se ſia vero, che 'l S. Conſiglio nell' anno* 1595 *perdè l' autorità, che avea di far vendere il feudo ereditario ad iſtanza del creditore ſenz' aſſenſo, ed in vigore di mera azion perſonale:* Ved. il num. 118.

40 *Il Giudice può ſupplire il fatto della parte:* Ved. il num. 36. e ſeg. *E può deſtinar perſona, che venda il feudo, impetrandoſi nella vendita il R. aſſenſo:* Ved. il num. 118.

41 *Se la locazione di tempo lungo ſia compreſa nel divieto delle alienazioni ſenz' aſſenſo:* Ved. i num. ſeg.

42 *Il* jus in re: *il quaſi dominio: e 'l dominio utile, valgono lo ſteſſo.*

43 *Se la locazione fatta in più ſeſſennii operi, che tante ſieno le locazioni, quanti ſono i ſeſſennii; oppure, che debban queſti unirſi inſieme, e conſiderarſi come un tempo continuato, ſicchè la locazione ſia una, e ſeguentemente di tempo lungo:* Ved. i num. 48. e 49. *ove diſtinguonſi diverſi caſi.*

44 *La locazione de' feudi fatta ſenz' aſſenſo, e per tempo lungo, o lunghiſſimo, è valida, ſe da' contraenti eſpreſſamente dicaſi, che non s' intenda di trasferire il* jus in re.

45 *Pa-*

45 *Pari è la forza dell'espresso, e del tacito, quando è verisimile, che 'l non espresso si sia voluto.*

46 *Nel dubbio, non è da creder mai, che siasi fatta frode alla Legge, il perchè della frode dee chiaramente costare.*

47 *Nel dubbio, e ne' casi di stretta interpetrazione, dee l'atto interpetrarsi in modo, che vaglia, e che più giovi a colui, che 'l fa.*

50 *Dove la locazione da principio sia una, e di tempo lungo, se incerta ne sia la durata, basta la sola incertezza ad impedire la traslazione del* jus in re.

51 *Se sia vietato il gravare il feudatario successore sul valore del feudo, dandosi ad altrui in tenuta lo stesso feudo. Se la tenuta di tempo lunghissimo, e di 100. e più anni, abbiasi per alienazione, e sia necessario il R. assenso; specialmente dove la tenuta comprenda l'esercizio della giuridizione:* Ved. i num. 53. e 71.

52 *Tra 'l conduttore, e 'l tenutario, altro divario non vi ha, se non che il primo paga il fitto: il secondo nol paga.*

54 *Le alienazioni de' feudi senz' assenso, sono vietate per dritto comune feudale, e del nostro Regno:* Ved. il num. 57. e seg. e 113. e seg. *Prima dell' Imp. Lotario si permettean talvolta: il che fu abolito per una Costituzione del medesimo:* Ved. il num. seg. *Qual fu la cagione, e 'l fine, onde le dette alienazioni furon vietate:* Ved. i num. 56. e 59.

55 *La locazion del feudo fatta senz' assenso, e per tempo lungo, o lunghissimo, vale: si eccettua solamente quella locazione, che sia fraudolente alienazione:* Ved. i num. seg.

58 *I verbi* Locare, & Conducere, *si usan talvolta nel significato di dare, e di ricevere in enfiteusi, e di una infeudazione delle scadenze* sub antiquo annuo servitio.

60. *Se la locazione di tempo lungo trasferisca nel conduttore* jus in re: *Ved. i num. seg.* Nel num. 73. *si noverano i Dottori, che la negativa sentenza sostengono.* Nel num. 74. e seg. *si discovre l'origine dell'errore di que' Dottori, che l'affermativa insegnano.*

61 *Il vero possesso, anche dopo la tradizione della cosa locata, si ritiene dal locatore.*

62 *Migliore della condizione del conduttore è la condizione del creditore pignoratizio, il perchè costui* sibi, non debitori possidet: *e colui possiede a nome del locatore, ed acquista il jus della sola percezion de' frutti.*

63 *Il jus della percezion de' frutti, è diverso dal* jus in re; *cioè sul corpo del fondo:* Ved. i num. seg.

64 *Il nuovo padrone, avvegnachè finito non sia il tempo della locazione, può, se vuole, espellere il conduttore: ma se ci abbia l'ipoteca del fondo, nol può espellere:* Ved. il num. 88.

65 *Per lo jus dell'ipoteca, si acquista il* jus in re.

66 *Le Leggi non han data al tempo la forza di trasformare i contratti:* Ved. i num. seg.

67 *Il tempo non basta ad indurre l'obbligazion personale: e molto men basta a trasferire il* jus in re.

68 *Il divieto di alienare, non si restringe ai soli atti, onde propriamente si trasferisce il dominio; ma si estende altresì all'ipoteca, alla costituzion delle servitù, ed all'enfiteusi.*

69 *Il tempo solito degli affitti de' fondi pubblici, o privati, appo i Romani, era di cinque anni:* Ved. il num. 86.

70 *Quali diritti abbia il feudatario sul feudo: e quale uso debba, o possa farne:* Ved. i num. seg.

71 *I frutti del feudo, o separati, o pendenti, sono burgensatici. E burgensatica eziandio è la tenuta de' feudi, tuttochè riguardi i frutti pendenti, e futuri:* Ved. il num.

num. ſeg. e i num. 51. 52. e 53.

74 *Si ſpone una Decretale di Papa Celeſtino III.* in Cap. ad audientiam 9. de reb. Eccleſ. non alien. *e ſi moſtra, che nella medeſima non ſi contenga il divieto della locazione di tempo lungo, ma beasì il divieto dell' enfiteuſi:* Ved. i num. ſeg.

75 *L'enfiteuſi, tuttochè di ſua natura ſia perpetua, nondimeno per convenzione può reſtringerſi a tempo determinato: e può eſſer meno di 10. anni:* Ved. il num. 84. e ſeg.

76 *La locazione di tempo lungo, in qual' anno per dritto Canonico fu vietata: e ſino a qual tempo fu inteſa per quella, che facevaſi per anni diece: e quando cominciò ad intenderſi per quella, che facevaſi oltre i tre anni.*

77 *Per quali argomenti i Feudiſti ebbero erroneamente per alienazione la locazione di dieci anni:* Ved. i num. ſeg.

78 *Qual ſi fu la ragione, per cui il jus Canonico vietò la locazione di tempo lungo:* Ved. i num. ſeg.

80 *La locazione de' feudi fatta oltre i tre anni, ſi è da qualche Dottore erroneamente avuta per alienazione.*

81 *Si ſpongono le tre Leggi del titolo delle Pandette,* Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur; *e ſi moſtra, che ſotto coteſto titolo non trattaſi della ſemplice locazione, ma dell' enfiteuſi, donde ſi fa naſcere l' azione* in rem: *Ved. i num. ſeg.*

82 *Al ſuperficiario di tempo non* breve (*non già al ſemplice conduttor della ſuperficie*) *compete l' azion reale naſcente dal* jus in re; *Ved. i num.* 86. *e* 87.

87 *Della regola da poter conoſcere quando il contratto ſia enfiteutico, e quando ſia di ſemplice locazione, e conduzione: e del divario, che paſſa tra'l ſuperficiario, e'l ſemplice conduttor della ſuperficie:* Ved. i num. ſeg.

88 *Più ſono i caſi, in cui può il ſemplice conduttore eſ-*

pel-

pellersi, ancorchè paghi puntualmente il fitto.

89 *Della differenza, che passa tra la causa* finale, *e la causa* occasionale, *ed* impulsiva: *Ved. i num. seg.*

90 *Definizione della causa* finale.

91 *Definizione della causa* occasionale, *ed* impulsiva.

92 *Le femmine non possono dimandare, od agire in giudizio per altrui: e del perchè.*

93 *La ragion della Legge, è la mente della Legge.*

94 *La donazione, fatta per causa* finale, *o sotto condizione, cessando tal causa, si ha per non fatta. Per l' opposto, se per causa* occasionale, *ed* impulsiva *siasi donato, cessando cotesta causa, la donazione si ha per ferma.*

95 *Il minore, se, venuto all' età maggiore, ha per buoni o colle parole, o col silenzio gli atti nullamente fatti a di lui pregiudizio nella età maggiore, gli fa buoni egli stesso.*

97 *Chi compera dal feudatario un feudo coll' assenso del Principe, dal feudatario, non dal Principe ha causa.*

98 *Il rescritto del Principe non si vizia per qualunque falsa assertiva; ma per quella sola, che è stata cagione della concessione, sicchè questa non si sarebbe fatta altrimenti:* Ved. i num. seg.

99 *Le probabili congetture bastano a far presumere, che'l Principe avrebbe conceduto l' assenso:* Ved. il num. 101.

100 *Donde nascono i motivi, per cui si nega, o più difficilmente si concede l' assenso.*

102 *Dove l' assenso riguarda la semplice ipoteca, non già la traslazione dell' utile dominio del feudo, non è necessario, che si registri; e la clausola della registrazione nel privilegio dell' assenso inserita, si ha come inserita per semplice stile di Cancelleria:* Ved. i num. 121. e 122.

103 *Se l' assenso sia valido per le sole cose, che siansi no-*

nominatamente eſpreſſe, e non già per quelle, che tacitamente ſi comprendano nel privilegio dell' aſſenſo: Ved. i num. ſeg.

106 *Il* relato *ſta nel* referente *con tutte le ſue qualità: e diceſi parte del* referente.

107 *Dove trattaſi di aſſenſo, non ſolamente ſi ammette l'eſtenſione, anche per maggioranza di ragione, ma ben anche ammetteſi la* mente comprenſiva, *o la* via della comprenſione.

108 *Dove la diligenza non giova, la negligenza non nuoce.*

109 *Il conduttore, terminato il tempo della conduzione, non può ritenere il poſſeſſo, pretendendo eſſer ſuo il fondo datogli a fitto: e ſe 'l ritiene, a qual pena ſoggiaccia:* Ved. il num. ſeg.

111 *Le rivoche delle alienazioni de' feudi ſi debbono legittimamente notificare alle parti, e dal dì della notifica prendon forza, e valore.*

112 *Se la ſemplice promeſſa di vendere il feudo ſoggiaccia alla Coſtituzione,* Conſtitutionem Divae memoriae: *Ved. i num. ſeg.*

113 *Al feudatario, che per l'alienazione del feudo ſenz' aſſenſo perdeva il feudo, gli è ſtato dato dalla coſtituzione,* Conſtitutionem Divae memoriae, *il mezzo della* rivoca, *onde ſi evita la pena della perdita del feudo:* Ved. il num. ſeg.

115 *Se l'azione naſcente dalla promeſſa di vendere il feudo, ſia, per ragion dell' obbietto, azion feudale; ſicchè richiegga il Regio aſſenſo:* Ved. i num. ſeg.

117 *La promeſſa di vendere il feudo fatta ſenza il Reg. aſſenſo, obbliga il promiſſore a fare il contratto della vendita:* Ved. il num. 4. e ſeg. ed i num. 123. e 124.

118 *Della pratica del foro Napoletano, con cui provvedeſi alla indennità de' creditori de' feudatarj ſenz' aſſenſo, e*

di

di mera azion perſonale, concedendoſi a' medeſimi il dritto d' implorare l' vffizio del Giudice, perche faccia vendere il feudo: Ved. i num. 39. e 40.

119 *Quando i contraenti non intendono altrimenti obbligarſi, che in iſcritto, ſicchè appartengaſi la ſcrittura alla ſuſtanza del contratto, mancando la ſcrittura, il contratto non è obbligatorio, e poſſono i contraenti recedere dal contratto.*

120 *L' aſſenſo non è un atto, che ſta di per ſe; ma ſoltanto conferma il contratto:* Ved. i num. 20. e 96.

122 *Le clauſole, che ſono ſolite apporſi per ſemplice ſtile, nulla ſogliono operare:* Ved. il num. ſeg. e 'l num. 102.

ALLEGAZIONE III.

QUanto illuſtre per chiarezza di ſangue, e per antiche ſignorie, altrettanto povera era la Caſa di Cotrofiano, quando le ſi aggiunſe l'eredità feudale del Principe di Squinzano D. Gabriele Enriquez morto *ab inteſtato*, e ſenza diſcendenti nel dì 2 del meſe di Decembre dell'anno 1749. Pur sì bella giunta non baſtò per più anni a trarla di affanno. In grave e diſpendioſiſſima lite ſi vide involto il Duca di Cotrofiano D. Alfonſo Filomarino, fratel primogenito del defunto Duca D. Niccolò. Si aveano a ſeparare da' beni feudali i burgenſatici, che ſpettavano a Monſignor D. Errico Enriquez, di quel tempo Nunzio Appoſtolico nelle Spagne, e poi ampliſſimo Cardinale, fratel germano del Principe D. Gabriele; e groſſe ſomme ſi aveano a pagare a' creditori ereditarj: eran perciò da ſottoporſi tutti a ſequeſtro, e da eſtimarſi per la ragion del contributo. In virtù di più decreti del Conſiglier Commeſſario della eredità, D. Giuſeppe Aurelio di Gennaro, il ſequeſtro, l'apprezzo, la diviſion de' beni, e 'l contributo ſi fece. Volgeva

geva intanto l' anno 1754, che fu l' ultimo della vita del Duca D. Alfonſo, e ad iſtanza de' creditori durava ancora il ſequeſtro. Fu del Duca D. Alfonſo meno infelice il Duca D. Niccolò, perchè gli riuſcì di fare acquiſto della più gran parte de' burgenſatici del Cardinale Enriquez per una donazione, che coſtui gli fece l' anno 1755., e per lo coſtui teſtamento dell' anno 1756: contuttociò non uſcì d' inopia; tra perchè del frutto di duc. 20300. diviſo in più legati vitalizj laſciati dal Cardinale a' ſuoi famigliari, e' non potea per allora godere; tra perchè quel di più, che a lui ne veniva, non compenſava i danni del lungo ſequeſtro. Il ſolo rimedio era la vendita di due, o più feudi. Sin dall' anno 1760. ne avean fatta iſtanza i creditori; ma ſpiaceva al Duca la vendita neceſſaria e giudiziale, come quella, che ſarebbe a lui riuſcita più diſpendioſa, e ſarebbeſi fatta di que' feudi, che più foſſer piaciuti agli oblatori, non di quelli, che più foſſe a lui piaciuto di vendere. Incominciò dunque ad uſare tutte le poſſibili diligenze per trovar compratori: e coteſte diligenze allegando, ottenne dal S. Conſiglio nel dì 14. del meſe di Marzo dell' anno 1760. la dilazion di tre meſi. Ma com' era da ſperare, che nel corto giro di que' tre meſi trovar ſi poteſſe chi compraſſe? Al Duca di Cotrofiano biſognava, per dismettere i debiti, la conſiderabiliſſima ſomma di 200000. ducati. Era ben difficile, che in tempo sì breve ſi trovaſſe chi tanto danaro teneſſe ozioſo: nè ci era più luogo a luſinga di nuova dilazione. Or chi è, che nol fece ſoggiacere al danno di una vendita neceſſaria e giudiziale? Chi è, che di poveriſſimo, qual ſi era, il fece ben agiato divenire ad un tratto? Chi è, che da tante anguſtie, e da tanti affanni il fece venire a lieto e tranquillo ſtato? Il Principe D. Michele Pignatelli. Avea coſtui incominciato a trattare per mezzo del R. Notajo D. Car-

lo Narice la compera della Terra di S. Vito degli Schiavi. Perchè si disponesse a comperare piuttosto i feudi dello Stato di Squinzano, si valse il Duca D. Niccolò dell' opera del Signor Principe di Belmonte Pignatelli: ed ecco un biglietto, che costui scrisse al Principe D. Michele: *Casa 24. Febbrajo 1760. = Fratello carissimo. In comprova della proposizione da me fattavi per parte del Duca di Cotrofiano di voler vendere lo Stato di Campi, vi rimetto un suo lungo biglietto a me scritto. In esso scorgerete l' offerta tale quale vi ho detta giorni fono, de' quattro feudi di Campi, Squinzano, Salice, e Guagnano. Troverete, ch' egli, per sollecitare la conclusione, agevolerà quanto potrà dal canto suo, ed insieme le nuove premure, ch' egli mi dà di una concludente risoluzione. Esaminatelo dunque bene con restituirmelo poi, e datemi pronta risposta, perchè 'l Duca ne fa fretta. Li miei rispetti alla Signora Sorella.* La parola *Fratello*, ch' è la prima: e la parola *Sorella*, ch' è l' ultima del biglietto, non gli debbon torre la fede. In una Scrittura data alle stampe dal Principe D. Michele nel dì 1 del mese di Settembre dell' anno 1767., quando il Duca di Cotrofiano vivea, leggeasi: *Il Principe di Belmonte con un suo biglietto ne fa chiara testimonianza:* nè 'l Duca di Cotrofiano ebbe che opporre. E poi la gran qualità, la carica luminosissima, e la somma onestà del Principe di Belmonte, non dan luogo a sospetto. Ecco dunque, che 'l Duca pregava, perchè 'l Principe Pignatelli comprasse, e gran fretta avea per liberarsi dal pagamento delle *annualità superanti di gran lunga le rendite de' feudi*, dalla *desolazione*, che ne' feudi *cagionava* tuttavia *il sequestro*, e dal vicino rischio di una vendita necessaria e giudiziale. Ma dello stato di povertà, nel qual si era il Duca di Cotrofiano, e della gran fretta, che avea di conchiudere col Principe D. Michele la vendita di que' feudi, e del non es-

effergli reſtata ſperanza di vendergli ad altrui non meno, che l'accettazione del detto iſtrumento, e 'l tenore del detto biglietto, fa pruova [illegible] ſcritta dal Duca a D. Andrea Madalo ſuo Agente nello Stato di Squillace. Dovendoſi portare in Campi il Principe Pignatelli per oſſervare que' feudi prima di perfezionarne la compera, ſcrive quella lettera il Duca al Madalo. In un luogo di eſſa dice, che *Dio* non gli avea dato *modo da sbrogliarſi da' guai:* in un'altro, che *non avendo nè eredi, nè danari, in vece di migliorare i feudi, gli avrebbe piuttoſto laſciati andare in deſtruzione, e non gli avrebbero reſo niente:* indi gli dice (ed o quante volte gliel dice!) che *animi* il Principe a comperargli, ed *eſageri i vantaggi*, che gliene verrebbero. Si diſpoſe in fine il Principe a comprargli: e ſi compì finalmente l'opera ne' meſi di Marzo, e di Aprile dell'anno ſeguente 1761.; ma ben prima ebbe il Principe Pignatelli da far tacere due creditori. L'uno fu 'l Duca Carignani, cui nel dì 30. del meſe di Decembre dell'anno 1760. pagò per lo Banco del Popolo duc. 32000: l'altro l'erede di D. Carlo de Silva, cui nel dì 2. del meſe di Gennajo dell'anno 1761 pagò per lo Banco della Pietà duc. 1200.

Nel detto anno 1761 ſi ſtipularono tra 'l Duca di Cotrofiano, e 'l Pr. Pignatelli tre pubblici iſtrumenti, due del dì 30 del meſe di Marzo, e 'l terzo del dì 1 del meſe di Aprile: a' quali ſi aggiunſe poi un quarto iſtrumento del dì 3 del meſe di Decembre dell'anno 1763. Nel primo de' due dello ſteſſo dì 30 del meſe di Marzo, tutta ſi eſpreſſe la mente de' contraenti: gli altri due furono non altro, che una eſecuzion di quel primo; e 'l quarto gli confermò tutti e tre, da poche mutazioni in fuori.

Le maggiori difficoltà, furon due. Il Duca di Cotrofiano, che per mezzo del Pr. di Belmonte avea fatta

l' offerta di tutti i feudi, e che nella lettera ſcritta al Madalo di tutti avea parlato, non volea più vendergli tutti aſcender poteva a ducati 400000 in circa; ed a lui, per la diſmiſſion de' debiti, biſognava la ſomma di 200000 ducati. Al contrario voleva il Principe comprargli tutti, sì perchè credea, che conveniſſe alla ſua Caſa di acquiſtare l' intero Stato, come perchè, non eſſendo i territorj di eſſi ben diſtinti e ſeparati l' un dall' altro; ed entrando dentro i confini dell' uno parte dell' altro, eſſer ciò poteva occaſione di frequenti diſcordie. Prevalſe la difficoltà promoſſa dal Pr. Pignatelli.

Ma perchè qualche conto era ancor da tenere della difficoltà promoſſa dal Duca, ſi convenne, che ſarebbonſi da allora liberamente venduti al Principe i feudi di Salice, e di Guagnano col ſuffeudo di Monticello: che avrebbe il Duca da quel punto *incominciato a praticare le dovute diligenze per l' acquiſto di uno, o più feudi nelle vicinanze di Cotrofiano, il cui prezzo aſcendeſſe al valore di due terze parti del prezzo conveniendo, o apprezziando de' feudi di Campi, e Squinzano, e de' ſuffeudi di Afra, e Bagnara:* che, fatto coteſto acquiſto, ſarebbeſi perfezionata la vendita de' rimanenti; e che intanto, perchè *poteſſe il Principe occupare da allora il poſſeſſo dell' intero Stato*, gli ſi ſarebber coteſti dati a fitto per anni ſei, a condizione, che ſi doveſſe coteſta locazion rinnovare *da ſeſſennio in ſeſſennio, fino a che ne ſeguiſſe effettivamente la vendita:* con eſpreſſa dichiarazione, *che la cauſa impulſiva* (ſi volle dire *finale*, ed altrove ſi moſtrerà) *per la quale era ſtata tra eſſi Ecc. Signori di già ſtabilita la vendita, e compra reſpettivamente delle Terre di Salice, Guagnano, e Monticello, era ſtata, che il fitto delle ſuddette altre Terre doveſſe durare fino a che ne ſeguiſſe la vendita, ſenzachè nè lo ſteſſo Ecc.*

Si-

Signor Principe D. Michele, nè detto Ecc. Signor Duca D. Nicola poteſſero recedere dal fitto ſuddetto. Finalmente convennesi, che, ſebbene si foſſero allora già diſteſe le minute della vendita libera delle Terre di Salice, di Guagnano, e di Monticello, le minute dell' affitto per ſei anni delle Terre di Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara, e le minute dell'obbligo di vendere, e dare intanto a fitto di ſei in ſei anni queſte ſeconde, nondimeno si doveſſero primamente ridurre in pubblica forma queſte ultime nel dì 30 del meſe di Marzo, ſecondamente e nello ſteſſo dì le ſeconde, ultimamente e nel dì 1 del meſe di Aprile quelle prime. Dunque, ſtipulato nel ſuddetto dì 30 del meſe di Marzo l'iſtrumento, di cui si è minutamente ſpoſto il tenore, si ſtipulò lo ſteſſo dì l' iſtrumento dell'affitto di ſoli ſei anni per annui duc. 5272. 78, de' quali si ſarebber pagati 4700 al Duca, e 572. 88 al R. Fiſco per l'adoa; e nel dì 1. del meſe di Aprile l' iſtrumento della vendita libera de' feudi di Salice, e Guagnano, e del ſuffeudo di Monticello per lo prezzo di duc. 246000: ed ecco il frutto, che ritraſſe il Duca di Cotrofiano dal trattato avuto col Principe Pignatelli. Quel Duca, che doveva a' creditori *annualità ſuperanti di gran lunga le rendite de' feudi*, pagati i debiti col danaro del Principe aſſicurò la rendita di annui duc. 5900; cioè di annui 4700., che, dedotta l'adoa, gli dovea coſtui pagare per lo fitto di Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara; e di annui 1200., che dovea pagargli per l' intereſſe di duc. 32000.; che del prezzo di Salice, Guagnano, e Monticello aveva a di lui comodo ritenuti.

Queſta inopinata mutazion di fortuna, diè l' occaſione al quarto iſtrumento dell' anno 1763., ſul quale fu poi, a petizione del Duca, interpoſto il R. aſſenſo. Si riepilogarono in eſſo, e ſi confermarono i tre prece-

den-

denti, e tre nuove cose alle cose convenute si aggiunsero. La vendita de' feudi dati a fitto si era promessa sotto la condizione dell'acquisto di uno, o più feudi in vicinanza di Cotrofiano. Ma la bella rendita di annui 5900. ben pagati, avendo posto il Duca in istato di stabilir sua sede in Napoli, dove prima di quella vendita non potea star con decoro, fece, che più gli piacesse l'acquisto di qualche feudo in vicinanza di questa Capitale. In fatti trattò col Principe di Palazzuolo la compera di Crispano. *Gli si è presentata* (sono parole del quarto istrumento) *l'occasione di attendere alla compra della Terra di Crispano, la quale per la SUA VICINANZA CON QUESTA CAPITALE, OVE esso Ecc. Sign. Duca HA FISSATA GIA' LA SUA RESIDENZA, e per altri degni e prudenti riflessi, dopo matura discussione, ha considerato utile e conveniente agl' interessi di sua Casa di acquistarla*. Al Duca di Cotrofiano bisognavano per cotesta compera duc. 68000., de' quali 66500. erano il prezzo di Crispano, e i rimanenti 1500. servir doveano per le spese del contratto. Ne richiese il Principe Pignatelli, promettendogli *non solamente di confermare, ratificare, ed emologare la suddetta promessa ed obbligo di VENDERLI le descritte rimanenti Terre dello Stato suddetto; cioè Campi, e Squinzano con i suffeudi di Afra, e Bagnara, e di CONTINUARE L' AFFITTO fino a quando si potesse effettuare la vendita istessa a tenore del suddetto istrumento de' 30. Marzo 1761.; ma ancora di stabilirne, fin d' allora, il prezzo* (che si stabilì nella somma di duc. 156000) *da doversi eseguire una tal vendita subito che si desse ad esso Signor Duca l' apertura di potere acquistare o taluno de' feudi siti nel contorno di Cotrofiano, il prezzo e valore de' quali ascendesse alla somma di ducati 64000., o pure di acquistare altrettanti effetti, o feudali, o burgensatici tanto nelle vicinanze di Cotrofiano, quanto*

ne'

ne' contorni di queſta Città, o della Terra di Criſpano... reſtando tenuto lo ſteſſo Signor Principe D. Michele di corriſpondere, pendente l' intiera ſoddisfazione del reſidual prezzo, l' intereſſe alla ragione del 4 *meno un* 4 *per* 100. Condiſcese il Principe al volere del Duca, e si stipulò l'istrumento, nel quale il Principe si obbligò di pagare *per tutto quel corrente meſe di Decembre* duc. 68000., tuttochè nel primo de' due istrumenti del dì 30. del mese di Marzo gli si fosse data la dilazione di mesi sei dal dì della richiesta: e 'l Duca riconfermò l'obbligo dell' affitto interino, e della futura vendita di Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara. Ed ecco le tre cose, che in quest' ultimo istrumento furon convenute altrimenti da ciò, che si era detto in quel primo. La condizione della futura vendita di Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara, era ristretta in quel primo a' soli feudi de' contorni di Cotrofiano; e si estese in quest' ultimo anche ad altri *effetti feudali, o burgenſatici* de' contorni non solo di Cotrofiano, ma ancora di *queſta Capitale*. Oltre a ciò se ne doveva, in virtù di quel primo, stabilire il prezzo *nel tempo della vendita;* ed anticipatamente in quest' ultimo si stabilì nella somma di duc. 156000. Finalmente si era il Principe obbligato in quel primo di appresstare il prezzo per la compera, che 'l Duca avrebbe fatta, dentro sei mesi dal dì della richiesta: ed in quest' ultimo si obbligò di appresstarlo dentro il mese di Decembre, del quale eran corsi tre giorni. Nè mancò della promessa. Per appresstar, come fece, la considerabil somma di duc. 68000., ebbe a vendere una partita di duc. 10000. effettivi sull' arrendamento del vino, e due, che avea di fiscali sulle Università di S. Antimo, e di Foggia, l' una di annui 53·78., e l' altra di annui 541·40.; e duc. 35000. prese ad intereſſe dal Baron Donnaperna all' alta ragione del 5 per 100. Ma non seguì poi la compe-

ra

ra di Crispano per quel, che a suo luogo se ne dirà.

Or dopo di avere il Duca ritratto da coteste sue giurate promesse quel frutto, che non poteva altronde sperare, nel dì 2 del mese di Settembre dell'anno 1766 chiamò (chi l'avrebbe creduto!) in giudizio il Principe Pignatelli, e pretese, che nel seguente anno 1767, nel quale terminava il primo sessennio, restituisse i feudi di Campi, e Squinzano co' suffeudi di Afra, e Bagnara, nulla valendo le due promesse da lui fatte della rinnovazion dell' affitto di sessennio in sessennio, e della vendita di essi, tra perchè, per abuso fatto della di lui buona fede, era stato indotto a far l'una, e l'altra; tra perchè, posto ancora, che non fosse stato ingannato, nè l'una, nè l'altra esser poteva obbligatoria: non la prima, perchè la rinnovazion dell' affitto di sessennio in sessennio era in sustanza una locazione di tempo lungo, la quale, trattandosi di feudi, non potea farsi senza il R. assenso: non la seconda, perchè la promessa della vendita erasi fatta sotto la condizione dell'acquisto di altri feudi, la qual condizione non per suo fatto, ma per fatto de' possessori di essi non si era verificata, e non potea più verificarsi.

Su queste azioni del Duca di Cotrofiano, e sull' eccezioni del Pr. Pignatelli, datosi, e compilatosi il termine, si profferì dal S. Consiglio nel dì 13 del mese di Decembre dello scorso anno 1768, la seguente sentenza: *Sacrum Regium Consilium declarat, instrumentum sub die tertia mensis Decembris 1763 fuisse, & esse nullum. Quo vero ad instrumentum sub die 30 Martii 1761 super promissione de vendendo feuda Campi, & Squinzani, Ill. Principis Pignatelli absolvatur ab impetitis super omnibus deductis ex parte Ill. Ducissae Cutrofiani matris &c., ac proinde nomine, ut ex actis, adimpleat contenta in praedicto instrumento venditionis Squinzani, Campi, Afrae, &*

Ba-

Bagnarae pro pretio appretiando per Tabularium S. R. C. partibus non ſuſpectum, & infra quatuor annos, intra quos utraque pars procuret implicationem pretii ſolvendi ſervata forma in omnibus praedicti inſtrumenti de die 30. Martii 1761: quo termino elapſo, & non ſequuta implicatione praedicta, providebitur per S. R. C., firma interim pro nunc, & donec aliter, locatione in beneficium ipſius Ill. Principis. Due ſono le parti della ſentenza. Nella prima ſi dichiara nullo l' iſtrumento del dì 3 del meſe di Decembre dell'anno 1763: nella ſeconda condannaſi la Ducheſſa di Cotrofiano come madre, e tutrice delle di lei figlie ad adempire dentro quattro anni la promeſſa fatta dal defunto Duca di vendere Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara ſervata la forma dell' iſtrumento del dì 30 del meſe di Marzo dell'anno 1761; e confermaſi a benefizio del Principe l'affitto interino di eſſi. Contra queſta ſeconda parte della ſentenza ha prodotti la Ducheſſa XX capi di *Nullità*, cui ha inerito il Principe Pignatelli, dolendoſi di quella prima. Dovendo ora io difenderne la ſeconda parte, ed impugnarne la prima, in due Capi dividerò queſta mia nuova Scrittura.

Ma prima conviene, che qualche coſa ſi dica della buona fede del defunto Duca di Cotrofiano, dalla quale il ſecondo degniſſimo Difenſore della Ducheſſa; ad eſempio del primo, molti argomenti ha tratti contr' al Pr. Pignatelli. Se per *buona fede* intendeſſe egli l' oneſtà, ſaremmo noi d' accordo. Oneſto, quanto altri (tutti il ſanno, ed io il confeſſo) fu 'l Duca di Cotrofiano D. Niccolò Filomarino. Ma per *buona fede* intende egli una non ordinaria ſemplicità, la qual facea, che colui, poco intendendo il proprio intereſſe, facilmente ſoggiaceſſe ad inganno. Or queſto è quello, che io nego. Quanto oneſto, altrettanto accorto fu 'l Duca di Cotrofiano: e da uomo accorto, qual ſi era, nel contratto

fatto col Pr. Pignatelli, ſeppe fare il ſuo pro. Mi riuſcì già di dimoſtrare per idonei documenti al S. Conſiglio, ch'eran ſogni le frodi, onde pretendeaſi indotto il Duca di Cotrofiano a far quel contratto: e quà risguarda la voce *omnibus* in quelle parole della ſentenza: *Ill. Pr. abſolvatur ab impetitis ſuper omnibus deductis*. E perchè ſe ne perſuada anche meglio, ecco un nuovo documento. Egli è queſto la ſoprammentovata lettera del Duca al Madalo. Volle, ſecondochè ſi è detto, il Principe Pignatelli, prima di perfezionare il contratto, andar di perſona a vedere i feudi. Primachè coſtui partiſſe di Napoli, ſcriſſe quella lettera il Duca, ſuggerendo a colui i modi da tenere per confermare, ed accreſcere nell' animo del Principe la voglia di quell' acquiſto. Veggaſi ora, ſe 'l più ſcorto uomo del mondo potea, dintorno a ciò, tante, e sì ſottili, ed acconce coſe penſare. Prevedendo, che, ſpargendoſi la voce, eſſer la venuta del Principe diretta alla compera di que' feudi, avrebbe forſe taluno data al Principe qualche notizia da farnelo pentire, ſcrive, che *non dovea l' affare sventare per la Provincia*, ed ordina al Madalo, che *pubblichi a tutti*, aſpettarſi colui per *fare le cacce* in Campi, e poi in Francavilla. Gli dice, ch' eraſi convenuto di doverſi *ſtare all' apprezzo del Tavolario Manni:* indi ſoggiunge: *Parlandoſi del d. apprezzo, ſe mai eſſo ne parla, non lo biaſimate, anzi moſtratevi più preſto inclinato a credere, che ſia vantaggioſo più per il Principe, che per me .... Queſto ve lo dico, caſochè vi motivi qualche coſa ſopra d. apprezzo: che del reſto, ſe eſſo non ve ne parla, non ſerve motivar detto taſto, e laſciatelo conſiderar da ſe ſteſſo gli apprezzi, come ſtanno ne' proceſſi*. E perchè vuole il Duca, che ſe 'l Principe non parla col Madalo dell' apprezzo del Manni, non tocchi il Madalo coteſto taſto? Somma accortezza nelle traſcritte parole ſi aſconde. Sapeva il Duca, che

trop-

troppo alto era l'apprezzo del Manni. Nella lite avuta col Cardinale Enriquez, per la quale occasione quell' apprezzo fu fatto, se n' era egli altamente doluto nel S. Consiglio dicendo, che avea data il Manni a ciascun corpo *la rendita in quantità molto maggiore della vera ed effettiva*, e ne avea chiesta la *revisione*. Sapea, che 'l Manni, non contento di aver dato il vero prezzo allo Stato di Squinzano secondo la vera rendita espressa ne' libri degli Erarj, *per le diligenze*, che disse di *aver fatte*, senza specificarle, ne aveva accresciuta la rendita di annui duc. *699.* 18, e 'l prezzo di duc. 23304. Sapea, che alla rendita feudale di Squinzano, ascendente ad annui 13. 75, avea dato il prezzo di *6900* ducati. Ora s' intende, con quanto accorgimento scriva al Madalo il Duca, che parlando con lui il Principe dell' apprezzo del Manni, si *mostri inclinato a crederlo vantaggioso* più per lo compratore, che per lo venditore; ma che, non parlandone colui, e' si guardi bene dal toccare cotesto tasto. Era cosa già stabilita, che si avesse a stare all' apprezzo del Manni. Era dunque il meglio non più parlarne. Parlandosene, si correva il rischio, che qualche parola, uscita imprudentemente di bocca, non la sconciasse. Avrebbe così pensato un uomo accortissimo: e 'l Duca così pensò. Ma com' era da sperare, che 'l Principe, il quale per la compera di quello Stato colà si portava, non parlasse col Madalo di quell' apprezzo? Prevede il Duca, che ne avrebbe colui facilmente parlato: e, parlandone, avrebbe ancora facilmente scoverto qualche suo svantaggio: ed accortamente suggerisce al Madalo quel, ch' era da contrapporre. Gli dice, ch' *esageri* gli aumenti fatti dalla Principessa Minutolo, e da lui, de' quali, tuttochè non compresi nell' apprezzo del Manni, come fatti dopo quel tempo, non si pretendeva alcun prezzo: ed a ragione vuol, che gli *esageri*, perchè non ignoran-

do, che nota a tutti era la povertà della Principeſſa Minutolo, e la ſua, ben vedea, che ſi aveano ad *eſagerare* per parer qualche coſa. Ma ſi vada innanzi. Ordina ancora al Madalo, che ſi ſtudj di *animare* il Principe a comperare: ed ecco come gliene ſuggeriſce gli argomenti. Novera una ad una le *induſtrie*, che 'l poſſeſſor di que' feudi *può fare* o in eſſi, o nella Provincia: ed è da maravigliare, che tante ne ſappia, e che sì bene ne parli. E non gli baſta, che 'l Madalo ne dia la ſemplice notizia: vuole ancora (e ben tre volte gliel dice) che n'*eſageri* i vantaggi, e ſi valga, a confermazione di quel, che dice, ed eſagera, dell'autorità di uno degli uomini più avveduti, e più ſperti di quel tempo, qual'era il Duca Carignani conduttore del feudo di Salice, e ſuo creditore. *Battete ſempre* (così ſcrive) *ſopra il grande attaccamento di Carignani, che vuol ritenerſi Salice, perchè sa, che avanzo vi ſi può fare, e che può renderli due volte più di quel, che rende adeſſo.* E ſarà poi un uom ſemplice, che penſa, e ſcrive così? E pure ho io omeſſa coſa, la quale quanto più picciola e minuta coſa è da ſe, tanto più fa pruova del ſottil penſare del Duca di Cotrofiano. Agli argomenti tratti dalla utilità, che ben poteano baſtare ad indurre il Principe a far quella compera, un argomento aggiunge tratto dal dilettevole. *La ſera* (e' dice) *per divertirlo, fategli venire i violini, e la muſica del paeſe, acciò formi idea del paeſe: e ſappia, che ſon del paeſe.* Non altri, che chi troppo intende, e troppo eſtima qualunque ſuo intereſſe, potea mettere in conto *i violini, e la muſica del paeſe:* e *i violini, e la muſica del paeſe* mette in conto il Duca di Cotrofiano. Si venga ora alla cauſa.

CA-

CAPO I.

Si difende la seconda parte della sentenza.

LE cose contenute nel primo de' due istrumenti del dì 30 del mese di Marzo dell' anno 1761 sono, come già si è detto, tre giurate promesse fatte dal Duca di Cotrofiano: la prima, di vendere al Principe Pignatelli i feudi di Campi, e Squinzano co' suffeudi di Afra, e Bagnara, quando gli fosse riuscito di comperare uno, o più feudi ne' contorni di Cotrofiano: la seconda, *d' incominciare fin d' allora a praticare le dovute diligenze* per la detta compera: la terza, di dargli intanto a fitto i suddetti feudi, e suffeudi per anni sei, e di rinnovarne l' affitto di sessennio in sessennio, fino a tanto che ne seguisse la vendita. Or poichè nol solo Editto del Pretore (*a*), ma la Legge istessa della natura ci obbliga alla osservanza de' patti; giustissima è la sentenza del *S.* Consiglio, che condanna la Duchessa di Cotrofiano alla vendita di Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara, e ne conferma l' affitto interino a benefizio del Pr. Pignatelli. Il Pr. Pignatelli, non la Duchessa di Cotrofiano, potrebbe in qualche modo dolersene: ed eccone la ragione. Le diligenze, dal Duca promesse, non si eran fatte nè molto, nè poco: siccome chiaramente il mostrerò in questa Scrittura a suo luogo: il perchè la promessa della vendita da principio fatta sotto la condizione della compera di uno, o di più feudi ne' contorni di Cotrofiano, era, per Legge, da aversi come puramente fatta: se-

(a) *L.* 1. *pr. ff. de pact.*

seguentemente dovea, per rigor di giustizia, obbligarsi l' erede del Duca a vendere senza dargli alcuna dilazione.

2 Torna bene quel luogo di Giuliano (*a*): *Jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset*. Come importava al Principe Pignatelli, che la condizion si adempisse, così ancora importava al Duca, perchè ne avea promesso l' adempimento per pubbliche giurate scritture. Molto più accon-

3 cio è quell' altro di Pomponio (*b*): *In omnibus cautis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quominus fiat*. Non avea curato il Duca di far quell' acquisto. Dovea dunque aversi come fatto. Contuttociò la sentenza del S. Consiglio, temperando il rigore con quella equità, ch' è propria de' Supremi Tribunali, dà quattro altri anni di tempo a far le diligenze non fatte: se non che, diffidando del buon volere della Duchessa, per la sperienza del tempo passato, vuole, che l' una, e l' altra parte le facciano. E la Duchessa di Cotrofiano si duole! Ma si esaminino partitamente le ragioni di sua doglianza.

§. I.

Della promessa di vendere.

4 NElla XI. *Nullità* si dice, che non potea la Duchessa di Cotrofiano condannarsi all' adempimento della promessa di vendere, perchè questa, come fatta senza il R. assenso, fu da principio nulla: ed a confermazion di ciò, si citano alcuni Dottori, e due Decisioni

(a) *L. jure civili 24. de cond. & dem.*
(b) *L. in omnibus 39. de reg. jur.*

ni del S. Configlio appreſſo il Preſidente de Franchis (*a*), e 'l Reggente Salernitano (*b*).

Riſpondo, che a' Dottori, nella ſuldetta *Nullità* ci- 5
tati, ſi oppongon Dottori di più gran numero, e di maggiore autorità, e tra' noſtri, l' Afflitto (*c*), l' Urſillo (*d*), il de Ponte (*e*), il Capecelatro (*f*), e 'l Canonico de Luca (*g*): ed alle due Deciſioni del S. Conſiglio contraria è un' altra dello ſteſſo Supremo Tribunale appreſſo il de Ponte (*h*). E coteſta contrarietà di opinioni, e di Deciſioni, che deve operare nell' animo del Giudice? Dee certamente indurvi un dubbio, come l' induſſe già nell' animo del Reggente de Marinis, che, coteſto punto trattando, ſcriſſe (*i*): *Cogita, quando caſus continget, quia utraque opinio bonas habet rationes.* E ſe dubbia è la coſa, tanto baſta a non far valere le *Nullità*, le quali non vagliono altrimenti, che ſe ſi appoggino in chiara ed eſpreſſa diſpoſizione di Legge.

Che ſe non in grado di *Nullità* ſi aveſſe a giudi- 6
care di queſta cauſa, ad un Giudice ben verſato nella Romana, e feudal giuriſprudenza, non farebbe onore il credere col de Marinis, che *utraque opinio bonas habet rationes*. Tanto è lontano, che la contraria opinione in buone ragioni ſi appoggi, che anzi è contraria apertamente alle Leggi. Le Leggi feudali comuni degl' Impe-

ra-

(a) *Deciſ.* 48. *num.* 1.
(b) *Deciſ.* 47.
(c) *In Conſt. Divae memoriae, num.* 31.
(d) *Ad Afflict. Deciſ.* 140.
(e) *Conſil.* 85. *&* 86. *lib.* 1.
(f) *Conſult.* 11.
(g) *Ad cit. Deciſ. de Franchis.*
(h) *In cit. Conſ.* 86. *num.* 37.
(i) *Obſ.* 133. *ad Revert. num.* 5.

radori Lotario, e Federigo I, e le municipali del Re Ruggiero, e dell' Imp. Federigo II, le quali in altro luogo di questo Capo saranno ad altro fine da me trascritte, richieggon l'assenso del Principe, quando il feudo si aliena: ed usano in fatti il verbo *vendere*, e 'l verbo *distrahere*. E chi è, che molte, e grandi differenze non ponga tra la promessa di vendere, e la vendita vera, ed effettiva? L'una dall' altra distinguono il diverso fine de' contraenti: il modo diverso, onde l'una, e l'altra si fanno: e i diversi effetti legali. Diretta è la vendita a fare acquistare altrui il dominio della cosa: diretta è la promessa a fargli acquistare una semplice azion personale (*a*). Nella vendita assi a consentire nella merce, e nel prezzo: e senza prezzo la vendita non vale: la promessa vale ancor senza prezzo (*b*). Fatta la vendita, nasce al comprator l'azione, per cui obbliga il venditore alla tradizione (*c*): fatta la promessa, nasce l'azione, per cui si obbliga il promissore non alla tradizione, ma solamente a fare il contratto della vendita (*d*), donde poi nasce l'obbligo della tradizione. Ma la ragion più forte, per la quale il divieto fatto dalle Leggi di vendere il feudo senza l'assenso del Principe, non è da estendere alla promessa di vendere, nasce dalla causa finale di esse Leggi. Nel luogo di questo Capo, nel quale ho promesso di trascrivere le suddette Leggi feudali, si mostrerà, che quel divieto si fece, perchè al Principe importa di sapere, chi sia il nuovo vassallo: e perchè, mutandosi senza sua saputa il feudatario, gli si fa certamente ingiuria, e gli si può ancora far danno.

Or

(a) *Afflict. loc. cit.*
(b) *Tiraquel. de retract. convent. §. 7. glos. 1. n. 46.*
(c) *Inst. de donat. §. 2., & de emt. & vend. §. 1.*
(d) *Afflict. loc. cit.*

Or per la ſemplice promeſſa di vendere non ſi muta il feudatario, e nè ingiuria, nè danno può farſi al Principe, che del ſuo aſſenſo ſarà pregato, quando in eſeguimento della promeſſa ſi farà la vendita; e che ſapendo allora, chi ſia il nuovo vaſſallo, può concedere, o negare a ſuo piacere l'aſſenſo: *Non video*, dice il de Ponte (*a*), *quomodo, ceſſante ratione Legis, poſſit illius diſpoſitio adaptari, ſiquidem ex promiſſione de vendendo feudum non deminuitur, non commutatur, non transfertur, ſuper eo jus non conſtituitur, nec præjudicium aliquod Domini conſiderari quoquo modo poteſt*. Lo ſteſſo dal Cardinal de Luca (*b*) s'inſegna de' *luoghi de' monti*, ſimiliantiſſimi a' feudi, perchè non ſono in commercio ſenza l'aſſenſo del Papa. Comechè ſenza l'aſſenſo non ſe ne poſſa fare la vendita, ſe ne può prometter la vendita ſenza l'aſſenſo: e per sì fatta promeſſa ſi acquiſta l'azion perſonale. 15

E pure quel, che più ſcredita la contraria ſentenza, è la ragione iſteſſa, in cui ſi appoggia. Dice il de Franchis, che 'l S. Conſiglio a coteſta ſentenza ſi attenne, moſſo dalle ragioni del Freccia: e la ragione dal Freccia, e, dopo di lui, dal de Franchis, e dagli altri allegata, è una ſola; cioè, perchè la promeſſa di vendere, ſebbene vendita non ſia, è nondimeno ordinata alla vendita, la quale, ſenza l'aſſenſo del Principe, è un atto vietato: e quando l'atto è vietato, vietato ancora è tutto ciò, ch'è ordinato a quell'atto. Ma non degna del Freccia, e del Preſidente de Franchis, è coteſta ragione. Diretta è ſempre alla vendita la promeſſa di vendere: non perciò diretta è ſempre ad atto vietato, perchè non ſempre atto vietato è la vendita de' feudi. E' vietato, ſe 16

(a) *In cit. Conſil. 86. num. 13.*
(b) *De Regal. diſc. 41. num. 3. & 4.*

ſi faccia ſenza l'aſſenſo, e ſeguentemente in danno, e ad onta del Principe: non è vietato, ſe col di lui aſſenſo ſi faccia: Or poichè la Legge preſume ſempre il meglio, e ſempre interpetra l' atto in modo, che vaglia anzi che no, neceſſariamente ne ſegue, che nel dubbio la promeſſa di vendere ſi abbia per diretta ad atto lecito, cioè alla vendita da farſi coll'aſſenſo del Principe, ed abbiaſi come fatta ſotto la condizione, ſe quando la vendita ſi avrà da fare, il Principe aſſentirà: nel qual caſo val di certo la promeſſa di vendere anche ſenza l' aſſenſo. Così lo ſteſſo de Ponte (*a*): *Regulando promiſſionem ab intellectu juris habetur, ac ſi contrabentes dixiſſent, PROMITTO VENDERE CUM ASSENSU DOMINI; nam dum quis ſe obligat ad quid faciendum, intelligitur valide ex regula Gloſſae in L. huiusmodi de leg.* 1., *ubi Bald. & Alex. notabiliter ad propoſitum*. E quel,
17 che dice Triboniano (*b*), che la promeſſa dell' uom libero, o della coſa ſacra non vale nè meno ſotto la condizione, ſe l'uom libero diventerà ſervo, o la coſa ſacra
18 diventerà profana; non oſta in alcun modo; anzi la ragione, che Triboniano ne allega, conferma quel, che io dico. La ragion di Triboniano è: *Quae enim NATURA SUI dominio noſtro exempta ſunt, in obligationem deduci nullo modo poſſunt*. Non ſono i feudi, come l'uom libero, e la coſa ſacra, fuori del commercio *natura ſui:*
19 anzi prima della Coſtituzion di Lotario, anche ſenza l'aſſenſo del Principe poteanſi alienare (*c*). Nella libera diſpoſizione dell'uomo, ſecondo le nuove Leggi feudali,
20 non ſono per la ſola neceſſità dell'aſſenſo del Principe, il quale altro non è, che una eſtrinſeca ſolennità. Ciò tan-

(a) *In cit. Conſ.* 86. *num.* 14.
(b) *Inſt. de inut. ſtip.* §. 2.
(c) *Anna in* Conſt. Divae memoriae *a num.* 15.

tanto è vero, che, se si faccia la vendita senza l'assen- 21
so, l'atto non è da principio nullo, come nulla è da principio la stipulazione dell'uom libero, o della cosa sacra; ma è un atto, che assi a confermare dal Princi- 22
pe: e sino a tanto, che l'assenso del Principe non sopravvenga, fa, che i contraenti ne acquistino la speranza, ch'è l'effetto delle obbligazioni condizionate (*a*). Confermasi ancora ciò per quel comun detto de' nostri, 23
che può l'assenso preceder l'atto, e susseguire; e che, susseguendo, non fa che incominci allora a valere, ma'l *conferma*, o sin dal principio in virtù di legale *retrotrazione*, se non ci sia jus acquistato nel tempo di mezzo ad un terzo, o dal momento, in cui sopravviene (*b*): le quali cose non convengono ad un atto, che da principio sia nullo: *Lex*, dice il sopraccitato de Ponte (*c*), *tam juris communis feudorum, quam etiam hujus Regni, non vetuit alienationem feudalium rerum simpliciter, sed dum ea fiebat absque Superioris consensu, imo cum illius assensu permisit: ob quod nostri Feudistae voluerunt, quod contractus feudalis non est a principio nullus, sed stat in pendenti propter spem reconvalidationis cu assensu superveniente. Inde jura, & Doctores loquuti fuerunt per verbum CONFIRMATIONIS, quae non juvaret, si a principio contractus fuisset ipso jure nullus; ideoque tradiderunt, quod potest assensus praecedere, & subsequi: non enim est res ipsa prohibita cu natura sui, non cu contrahentium vitio, seu defectu ipsorum, sed ipsa contractio est impedita propter hanc requisitam solemnitatem: ob quod dicimus, feuda non acquiparari campo Martio, rei sacrae, & similibus.* Allora la vendita della cosa feudale è da 24

(a) *Inst. de verb. obl.* §. 4.
(b) *De Franchis Decis.* 86.
(c) *In cit. Cons. num.* 1. *ad* 7.

principio nulla, quando questa si vende scientemente come burgensatica, e senza la riserva dell' assenso del Principe, perchè fassi allora direttamente contra la Legge; ma se si vende come feudale, e colla espressa riserva dell' assenso, non è da dubitare, che da principio vaglia. Così dopo il Camerario, ed altri, il nostro Giuseppe de Rosa (a): *Suppono, quod in feudis dupliciter contrahi potest, uno quidem modo, dum quis rem feudalem sciens vendit, vel emit uti burgensaticam absque reservatione servitii ad beneficium Domini, & absque reservatione assensus: & hic est proprie casus, in quo directe contra leges feudales mala fide contrahitur, tendit enim hic contractus in diminutionem servitii Domino debiti, & in ejusdem contemptum, quae sunt duae principaliores rationes, ob quas feudorum distractio est prohibita. . . . Altero autem modo, dum quis rem feudalem distrahit, ut feudalem sub commemoratione, ac reservatione servitii Domino debiti, ac salvo illius assensu: & hoc non est proprie facere contra leges feudales, quia tunc servitium non minuitur, sed honor Domino habetur, dum in contractu ipsius assensus reservatur, & proinde bona fide contrahitur. Priore casu, quia directe contra leges fit; ideo actus est omnino nullus, L. non dubium, C. de legib.: at in secundo, quia actus non est proprie contra, sed praeter legem, nec est semper, & omnino prohibitus, sed potest confirmari; inde fit, ut tunc contractus non sit omnino nullus, sed in pendenti, imo habet aliqualem validitatem propter spem confirmationis.* E lo stesso sarebbe da dire, se senza l' espressa riserva dell' assenso il feudo si vendesse, purchè si vendesse come feudo; tra perchè l' avere il venditore espressa con buona fede la qualità feudale, dee far presumere, che abbia voluto vendere sotto la condizione delle solennità dalla Legge richieste per la

(a) *Consult.* 15. *a num.* 2.

la validità dell' atto ; tra ancora, perchè le vendite de' feudi, è ſolito di farſi col R. aſſenſo: ed è regola di Legge, che le coſe ſolite, tuttochè non eſpreſſe, ſi abbiano per eſpreſſe (*a*). Or la futura vendita di Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara nel primo de' due iſtrumenti del dì 30 del meſe di Marzo fu promeſſa come vendita di coſa feudale, e colla eſpreſſa riſerva del R. aſſenſo per quelle parole: *Anno eſſi Eccellentiſſimi Signori conchiuſo, che da ora avrebbe promeſſa il d. Ecc. Sig. Duca D. Nicola a beneficio di eſſo Ecc. Sign. Principe D. Michele la vendita del d. intiero Stato di Squinzano DA PERFEZIONARSI PERO' COL R. ASSENSO.* Che ſe per le coſe dette vale, ſenza il R. aſſenſo, la promeſſa di vendere un feudo, anche quando non ſi dice eſpreſſamente, che la vendita ſi farà coll' aſsenſo, perchè diretta è la promeſsa ad un atto, che può eſser lecito; molto più è da dire, che vaglia, quando convenendoſi eſpreſsamente, che ſi faccia la vendita coll' aſsenſo, e non altrimenti, diretta è quella ad un atto, che certamente è lecito, nè può eſsere in alcun modo vietato. Nè perchè ſul fine 26
dell' iſtrumento convenneſi, che anche ſulla promeſsa di vendere s' impetraſse l' aſsenſo, può quinci ſeguire quel, che diceſi nella XII. *Nullità*, che ſebbene ancor ſenza l' aſsenſo avrebbe la detta promeſsa potuto valere, nondimeno in virtù di quella eſpreſsa convenzione, ſenza l' aſsenſo, non vale. L' oppoſta maſſima è vera, quando l' aſsenſo ſi riſerva colla giunta della clauſola *& non aliter*, o di altra importante condizione ; altrimenti l' aſſenſo s' intende riſervato biſognando, ed a maggior cautela, come, per comun ſentimento de' Dottori, ſcrive il Cardinal de Luca (*b*) : e nel noſtro caſo non ci è

clau-

(a) *V. Afflict. in Conſt.* ea quae ad decus, *num.* 26.
(b) *De feud. diſc.* 7. *num.* 7. *& diſc.* 10. *num.* 7.

clausola importante condizione: ed oltracciò si spiega il fine, per cui l'assenso si riservò, cioè *per l'obbligo de' beni feudali*. Dunque non si riservò, perchè si volle, che la promessa di vendere senza l'assenso non valesse in alcun modo. Si riservò, perchè si acquistasse per esso una maggior cautela, qual sarebbe stata l'ipoteca feudale. Questa non si acquistò, perchè non fu mai chiesto l'assenso: non perciò si perdè l'azion personale, che sola basta ad obbligare la Duchessa di Cotrofiano a vendere i feudi.

Ma dato ancora, che possa senza il R. assenso valere la promessa di vendere un feudo, soggiunge il Contraddittore, che o per le particolari circostanze, che nel caso nostro concorrono, valer non dovrebbe come fatta per errore, e sotto la condizione dell' acquisto di uno, o più feudi ne' contorni di Cotrofiano, divenuta già col tratto del tempo impossibile; od al più, potrebbe obbligare la Duchessa a quel solo, che potesse al Principe Pignatelli importare il non fargli la vendita de' rimanenti feudi.

L'errore, dicesi nella VIII *Nullità*, che consiste nell' avere il Duca di Cotrofiano promessa la vendita de' feudi di Campi, e Squinzano falsamente credendo, che co' feudi di Salice, e Guagnano componessero un *intiero stato*, come nel detto istrumento più volte si chiamano, quandochè sono essi feudi distinti e separati l' un dall' altro.

Rispondo, che se vera fosse quella tanta semplicità, che ci si vuol far credere nel Duca di Cotrofiano, nè men sarebbe da presumere, che giungesse a fargli ignorare le proprie cose. E come potea credere il Duca di Cotrofiano, che componessero un corpo solo i feudi separatamente venduti, e i feudi, la cui vendita si promettea; quandochè disse in un luogo del detto istrumento,

to,

to, che aveano fatta iſtanza i creditori di *procederſi alla vendita di DUE, o PIU' feudi dello Stato di Squinzano:* in un altro, che aveva egli riſoluto *di procedere con effetto alla vendita di QUALCHE feudo;* ed in un altro, che ſe'l Principe Pignatelli non gli aveſſe dentro lo ſpazio di ſei meſi dal dì della petizione pagata la convenuta ſomma in conto del prezzo de' rimanenti feudi di Campi, e Squinzano, ſarebbe *reſtato ſciolto dall' obbligo* della promeſſa vendita di eſſi, i quali perciò ſarebbero reſtati appreſſo di lui ſeparati a perpetuo da' feudi venduti? Chi parla così, non è veriſimile, che credeſſe, eſſer lo Stato di Squinzano una Baronia indiviſibile. Nol potè credere il Duca di Cotrofiano: nol potè credere il Principe Pignatelli. Se così ſi foſſe da loro creduto, non avrebbero nè'l primo venduti, nè'l ſecondo comprati i ſoli feudi di Salice, e Guagnano ſenza ottener prima ſulla dismembrazione di eſſi uno ſpecialiſſimo aſſenſo del Re, che non così facilmente, come gli altri ordinarj aſſenſi, ſi ottiene. Dunque le parole, *intiero Stato di Squinzano*, non ſono da intendere nel ſenſo legale, ſecondo cui ſignificherebbero un aggregato di più Caſali inſeparabili per legge. Sono eſſe da prenderſi nel ſenſo volgare, ſecondo il quale comunemente ſi dice, che più Caſali uniti inſieme per fatto, e per ragion del ſito, formano un *intiero Stato*. Così nel detto iſtrumento diſſe il Duca, che acquiſtandoſi da lui ne' contorni di Cotrofiano uno, o più feudi, ſarebbeſi formato *uno Stato unito, e di maggior conſiderazione*.

Della preteſa impoſſibilità della condizione, diceſi nella IV *Nullità*, che fatte dal Duca tutte le diligenze non gli riuſcì di acquiſtare nè men uno de' feudi poſti in vicinanza di Cotrofiano, e mentovati a nome nel detto iſtrumento del dì 30 del meſe di Marzo, perchè di eſſi, alcuni, come ſoggetti a fedecommeſſo, non ſi

po-

poteano; altri non si vollero alienare.

Primachè cotesta pretesa impossibilità si rechi ad esame, è da vedere, se fece il Duca le diligenze, secondochè le avea promesse nel detto istrumento del dì 30. del mese di Marzo. E' si obbligò quivi con giuramento *di fare tra 'l PIU' BREVE TERMINE POSSIBILE TUTTE le opportune diligenze per l' acquisto e compra di uno, o più delli seguenti feudi in vicinanza di Cotrofiano, cioè del feudo di SUGLIANO, antico di sua Casa, o pure di quelli di CASARANO, e CASARANIELLO, di SUPERSANO, di NEVIANO, di NOE, di SUMBRINO, o COLLEPAZIO.* E quali pruove ci sono di aver fatte il Duca *tra 'l più breve termine possibile tutte le opportune diligenze* per la compera di uno, o più de' soprannominati feudi? Non ce n' è pruova affatto: anzi ci è pruova, ch' e' non ne fece alcuna: ed ecco come il dimostro. Nella d. *Nullità*, dicesi nel numero del più, che alcuni si trovarono soggetti a' fedecommessi: e 'l nuovo degnissimo Difensore della Duchessa, con in mano non so quali scritture, che non si è compiaciuto ancora di darmi a leggere, diceva in Ruota, provarsi per esse, che quattro de' suddetti feudi soggiaceano a fedecommesso. Or poichè si era il Duca obbligato *di far tutte le opportune diligenze tra 'l più breve termine possibile*, avrebbe certamente dovuto averle fatte prima d' istituire il giudizio contr' al Pr. Pignatelli, da lui convenuto cinque anni dopo di quell' istrumento: ed essendosi poi studiato di provare nel termine di averle fatte, avrebbe ancora dovuto o produrre le scritture, donde costava de' fedecommessi, o nominare almeno cotesti quattro feudi a fedecommesso soggetti, e darci la notizia de' notai, che conservavano le scritture. Ma del solo feudo di Noe, dicesi nell' articolo XXII., ch' era soggetto a fedecommesso: e ciò poi si prova per testimonj, che dicono di non

sa-

ſaperne nulla. Dunque nel corſo di que' cinque anni, che ſi frappoſero tra l'iſtrumento, e la lite, ed in tutto il corſo del termine, e fino al dì della ſentenza, non ebbe il Duca nè ſicura notizia di ſedecommeſſo per riſpetto del feudo di Noe, nè n' ebbe alcuna per riſpetto degli altri: e poichè l' avrebbe potuto avere colle diligenze di pochi giorni, il non averla avuta fino al dì della ſentenza, vale a dire, per lo ſpazio di quaſi otto anni, è argomento convincentiſſimo di non averne mai fatta alcuna. Per quel che ſi appartiene a' feudi, che ſi dice non eſſerſi voluti vendere, ſi è procurato di far qualche pruova. Sonoſi prodotti alcuni teſtimonj. Ma quali ſono eſſi, e che dicono? Tutti, dal ſolo Dottor D. Antonio Marinelli in fuori, ſono ſtati dal Principe ripulſati: e poi alcuni dicono di non ſaper nulla delle diligenze fatte dal Duca, gli altri le depongono *de auditu.* In ſomma niente provano per Legge. Il Dottor Marinelli dice, che D. Giacomo di Aquino il pregò, che ſi foſſe adoperato appreſſo il Conte di Palena, perchè s' induceſſe a vendere il feudo di Caſarano, cui avrebbe comprato il Duca di Cotrofiano: che gli riſpoſe il Conte, che per duc. 130000. l'aveva acquiſtato, e per duc. 130000. l'avrebbe venduto; e che, renduta da lui sì fatta riſpoſta al procurator di D. Giacomo, non gli fu dappoi detto altro. Or coteſta depoſizione, la quale nuocer non potrebbe al Principe Pignatelli, come depoſizione di un ſolo, che nè meno avea quella commeſſion ricevuta dal Duca di Cotrofiano, al Principe Pignatelli giova d' aſſai. La riſpoſta del Conte, è riſpoſta d'uom, che vuol vendere. E perchè 'l Duca di Cotrofiano, ricevuta coteſta riſpoſta, non ſi brigò più nè molto, nè poco della compera di quel feudo? Gli parve troppo alto il prezzo? E non accade ſovente, che ſi chiegga di una merce un prezzo eccеſſivo, e ſi venda poi a prezzo giuſto? Il Du-

ca, che ſi era con giuramento obbligato *di far* TUTTE *le opportune diligenze*, non dovea, dopo quella prima propoſizione, che gli venne fatta a nome del Conte di Palena, deporre, come fece, il penſiero dell' acquiſto di Caſarano. Sonoſi ancora preſentati due biglietti ſcritti alla Ducheſsa di Cotrofiano, l'uno dal defunto Duca delle Grottaglie, l'altro da D. Onofrio Serſale, ne' quali ſi eſcludono le iſtanze, che ſi ſuppongono da lei fatte per l' acquiſto del feudo di Neviano, e del feudo di Superſano. Ma quando furono ſcritti coteſti due biglietti? Tutti e due nel dì 3 del meſe di Febbrajo dell' anno 1767.; cioè ſei anni dopo l'iſtrumento, nel quale eraſi il Duca obbligato di fare *tra 'l più breve termine poſſibile tutte le opportune diligenze*. Dunque, a giudizio del Duca di Cotrofiano, *il più breve termine poſſibile*, erano ſei anni! E poi quando fu, che 'l Duca, eſponendo al S. Conſiglio le ſomme diligenze inutilmente fatte per acquiſtare alcun feudo ne' contorni di Cotrofiano, preteſe di eſſere riſoluto il patto dell' affitto interino, e della futura vendita di Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara? Nel dì 2. del meſe di Settembre dell' anno 1766., vale a dire, cinque meſi prima, che ſi faceſsero le diligenze per la compera di Neviano, e di Superſano. Dunque nel ſuddetto dì 2. del meſe di Settembre non ſi eſpoſe il vero al S. Conſiglio; e non eſsendoſi fatte allora *tutte le opportune diligenze*, non ſi potea con buona fede pretendere la riſoluzion di quel patto. E l' iſtanza del Procuratore del Duca, nella quale ſi legge la univerſale negativa propoſizione: *Per quante eſquiſite diligenze dal ſuo Ill. Principale ſi foſſero fatte per comprare uno, o più feudi accoſto allo Stato di Cotrofiano, non gli è potuto riuſcire indurre alcuno de' poſſeſſori a venderli*, quando fu da lui preſentata? Nel meſe di Gennajo dell' anno 1767. E pure non ſi erano in quel meſe ricevu-

te

te ancora le riſpoſte del Duca delle Grottaglie, e di D. Onofrio Serſale eſcluſive della vendita di Neviano, e di Superſano; anzi non ſi erano ſcritti ancor loro dalla Ducheſsa i biglietti. Quanto ſarebbe ſtato meglio non preſentare coteſti due biglietti, i quali ſuppongono fatte dal Duca le diligenze cinque meſi dopo moſsa la lite! Chi è, che poſsa credere, averle colui fatte con animo di acquiſtare que' due feudi in eſecuzione degli obblighi contratti, quandochè nel tempo iſteſſo dicea nel S. Conſiglio, che quegli obblighi eran riſoluti? Quel, che aſſi a creder di certo, è queſto. Conoſceva il Duca, ch' erano corſi ſei anni, ed e' non avea ſoddisfatto ancora all' obbligo di *far tutte le opportune diligenze;* onde ebbe per men male farle tardi, che non mai: ſe non che le fece in modo, che non riuſciſſero a bene. Ma tra' feudi, che, come poſti ne' contorni di Cotrofiano, ſi nominano nel ſuddetto iſtrumento dell' anno 1761., non ſono il feudo di Sugliano, che dal Duca diceſi quivi *antico di ſua caſa*, il feudo di Sobrino, e 'l feudo di Collepazio? E per l' acquiſto di coteſti tre feudi, qual diligenza ſi è fatta? Niuna: e lo ſteſſo Duca il confeſſa nell' articolo XXIII, ſcuſandoſene con dire, ch' erano feudi ruſtici, e di tenuiſſimo prezzo: le quali due coſe non gli è riuſcito poi di provare, e provate non gli avrebbon giovato; poichè, ſe eſſendo feudi ruſtici, e di tenuiſſimo prezzo, non gli piacea di farne acquiſto, non dovea nominargli nell' iſtrumento: e ſe dentro i quattro anni, dati dal S. Conſiglio a far le nuove diligenze, potrà riuſcire al Principe Pignatelli d' indurre i poſſeſſori a vendergli, dovrà la Ducheſſa comprargli. Or non eſſendoſi fatte dal Duca le promeſſe diligenze, come può dirſi divenuta impoſſibile la condizione? In quanto a' feudi non ſoggetti a fedecommeſſo, poſſibile, ed agevole è l' adempimento di eſſa: in quanto a' feudi ſoggetti a fedecommeſ-

meſſo, quandochè ſi provi eſſer tali, meno agevole ſarebbe, non impoſſibile. E non ſoggiaceva a fedecommeſſo il feudo di Criſpano, che diè l'occaſione all'iſtrumento dell'anno 1763.? Come il feudo di Criſpano, ſe foſſe ſtato il Duca fermo nella prima ſua riſoluzione, ſarebbeſi acquiſtato precedente il decreto di *expedit*, così potrebbero gli altri ancora acquiſtarſi: ed ora che può 'l Principe Pignatelli fare anch'eſſo le diligenze, ſia pur ſicura la Ducheſſa di Cotrofiano, che dentro i ſuddetti quattro anni ſi verificherà la condizione da lei creduta impoſſibile.

Finalmente non ſi adempie la promeſſa di vendere offerendoſi al Pr. Pignatelli quel, che gl' importa. Quan-
27 to antica, altrettanto ricevuta nel foro è la diſtinzione propoſta, nel caſo appunto della promeſſa di vendere, dal Preſidente de Franchis (*a*); e più diffuſamente dal Card. de Luca (*b*), che ſi libera il promiſſore, offerendo quel che importa, quando più non può vendere, o perchè la coſa troviſi già venduta, e trasferita in altrui, o perchè ſia perita; ma quando la coſa eſiſte, ed è nella piena diſpoſizione del promiſſore, coſtui non altrimen-
28 ti ſi libera, che preciſamente vendendo. So bene, eſſer regola di Legge, che per la offerta di quel che importa ſi adempiſcono le obbligazioni conſiſtenti nel fare (*c*); ma
29 ciò ſi vuole intendere, ſecondochè maeſtrevolmente inſegna il Vinnio (*d*), delle obbligazioni conſiſtenti ne' ſemplici e nudi fatti, quali, per valermi degli eſempj de'Romani Giuriſconſulti, ſarebbero *Romam ire*, *tabulam pin-*

(a) *In cit. Deciſ.* 48. *num.* 1.
(b) *De emt. & vend. diſc.* 48. *num.* 5.
(c) *L. ſtipulationes* 72. *pr. de verb. obl.*
(d) *In pr. tit. Inſt. de emt. & vend. num.* 7., *& in §.* 7. *de verb. obl. num.* 3.

pingere, *foſſam fodere*; non de' fatti contenenti *cauſſam bonorum*, come parla Ulpiano (*a*), qual'è la promeſſa della vendita ordinata all'acquiſto della roba, la cui vendita ſi è promeſſa. Ne' fatti del primo genere, non permette la Legge, che facciaſi violenza ad un uom libero, ſicchè per forza vada in Roma, o dipinga la tavola, o cavi la foſſa, perchè farebbe queſta una violenza, che farebbeſi al corpo. Ne' fatti del ſecondo genere, permette al Magiſtrato di uſar quella forza, che *forza civile* ſi chiama; ed è non altro, che quell' imperio, che uſa per Legge il Magiſtrato ſulla roba de' litiganti. Se coteſta forza uſar non poteſſe il Magiſtrato, potrebbe il promiſſore impunemente violar la fede de' patti, ed eluder colui, che la promeſſa di vendere, non di quelche gl' importaſſe, ha voluta da lui. Negli atti umani ſi sa, 30
che principalmente ſi attende quel, che ſi è voluto da' contraenti (*b*). E chi non conoſce, che colui, il quale ha voluta la promeſſa della vendita, non ha certamente voluto, che'l promiſſore, in vece della merce, gli offeriſſe quel, che gli poteſſe importare; e che; ſe nel tempo del contratto ſi aveſſe il promiſſore riſervata la facoltà o di vender la merce, o di dargli quel che gl'importaſſe, non avrebbe fatto il contratto? Quel, che 31
importa, conſiſtendo, come Paolo dice (*c*), nel fatto, è ſempre incerto, e 'l più delle volte riduceſi a molto poco (*d*): al contrario la promeſſa di vendere, è promeſſa di coſa certa: onde per diffinire quel, che importa, aſſi a fare una lite, che per la vendita non aſſi a fare.

Si

(a) *L. in conventionibus* 52. §. 1. *de verb. obl.*

(b) *L. in conventionibus* 219. *de verb. ſign.*, *& L. ſemper* 34. *de reg. jur.*

(c) *L. quatenus* 24. *eod.*

(d) *L. ult. de Praet. ſtip.*

Si aggiunge, che per le circoſtanze delle perſone, de' luoghi, o de' tempi, importa talvolta di avere molto più la coſa promeſſa, che qualunque ſomma di danaro eccedente il prezzo della coſa: *Poteſt mea intereſſe*, ſcrive nel ſuo Codice (*a*) il Fabro, *rem habere potius, quam*
32 *quanti res eſt*. Ciò tanto è vero, che ſebbene nella convenzion di vendere ſi ſia taſſata la ſomma, a cui ſi è da' contraenti ridotto quel, che importa, non perciò ſi perde l'azione a far ſeguire la vendita, ed intendeſi taſſata la ſomma a comodo di colui, al quale la promeſſa ſi è fatta, caſochè ſi contenti di non aver la coſa, o non poſſa averla: *Nec aliud erit* [ſono parole dello ſteſſo Fabro (*b*)] *tametſi ſubjecta ſit poena ejus, quod intereſt, ea namque poena pro me in ſtipulatum deducta non adimit mihi actionem, quae ad id competit, ut praeciſe cogaris vendere, ſi rem habere malim*: e la ragion
33 tratta da un bel luogo di Giuliano (*c*), è queſta, perchè la ſtipulazione penale non induce novazione della precedente obbligazione: *Poenalis enim ſtipulatio* [così per quel luogo di Giuliano il citato Fabro (*d*)] *non*
34 *novat praecedentem obligationem*. Che ſe poi alla promeſſa di vendere ſi aggiunga il giuramento, non ci ha dubbio allora, che deve il promiſsore preciſamente vendere, nè ſi libera altrimenti. Così, dopo la Gloſa, il Preſidente de Franchis (*e*): e così deciſe il Senato di Savoja, nel caſo appunto di una giurata promeſsa di vendere: *Poſteaquam*, ſcrive il Fabro (*f*), *noſtris placuit, poſſe aliis quo-*

(a) *De pact. def.* 11. *not.* 3.
(b) *In cit. def.* 11.
(c) *In L. praedia* 28. *de act. emt.*
(d) *In not.* 5.
(e) *In cit. Deciſ.* 48. *num.* 1.
(f) *Loc. cit.*

quoque multis casibus cogi quem praecise ad factum, utpote si jusjurandum intervenerit, idem quoque hoc casu admittendum esse, visum est, ut tantum tibi noceat dolus tuus, quantum mihi jusjurandum tuum prodesset. Ita Senatus. Or la promessa di vendere fatta dal Duca di Cotrofiano, certamente *continebat causam bonorum.* I feudi di Campi, e di Squinzano, non altro, voleva il Principe Pignatelli: e nel primo istrumento del dì 30 del mese di Marzo, chiaramente l'espresse: e fu così fermo in ciò, che per indurlo a comprare Salice, e Guagnano, gli si ebbe a promettere *da allora la vendita* delle rimanenti Terre, da eseguirsi, fatto che si fosse l'acquisto di uno, o più feudi in vicinanza di Cotrofiano: e perchè da quel dì *potesse occuparne il possesso*, gli si ebbe ancora a promettere, che nello stesso dì 30 del mese di Marzo, gli sarebbero date a fitto fino al dì del d. acquisto, e che l'istrumento dell'affitto sarebbesi stipulato prima dell'istrumento della vendita di Salice, e Guagnano: le quali cose dal Principe Pignatelli sì fermamente volute, e dal Duca di Cotrofiano approvate, non ci possono far dubitare, che la causa finale, per la quale s'indusse colui a comprar Salice, e Guagnano, fu la promessa di quell'interino possesso, e della futura vendita di Campi, e Squinzano, senza di cui non avrebbe comprati que' primi; e che cotesta causa per mera inavvertenza del notajo, o di altrui, fu nel suddetto primo istrumento detta *impulsiva*, ed era da dirsi *finale*, o *principale*, come, riepilogandosi poi il primo istrumento, nel quarto propriamente fu detta. Ciascun sa, che negli atti umani prevale, quel, che si è voluto, a quel, che si è detto, o si è scritto (*a*); e che dall'ordine delle cose la più forte congettura si trae di quel, che più

35

o men

(a) *L.* 219. *de verb. sign.*, *&* *L.* 34. *de reg. jur.*

o men ſi è voluto (*a*). Poſto ciò, ſe nel tempo dell'iſtrumento aveſse uom detto al Principe Pignatelli, che 'l Duca di Cotrofiano, in vece di vendergli Campi, e Squinzano, gli avrebbe offerto quel, che gli foſse importato, non è da credere nè che 'l Principe avrebbe fatto il contratto, nè che 'l Duca ſe ne ſarebbe luſingato. I motivi eſpreſſi nell'aſſertiva del detto iſtrumento, mottran ben chiaro, che al Pr. Pignatelli importava molto più l'acquiſto di Campi, e Squinzano, che qualunque ſomma eccedente ancora il prezzo di eſſi; e che tanto gl'importava, e gl'importa, che ſiccome ſenza la promeſſa di Campi, e Squinzano non avrebbe comprati Salice, e Guagnano, così, non avendo quelli, ſarebbe nella dura neceſſità di laſciar quelli, contento di riavere il danaro pagato, e 'l prezzo delle migliorazioni a tenor della iſtanza, che, riſpondendo ad un'altra iſtanza del Duca, prima della ſentenza ne fece. Ma voglia, o non voglia, dee la Ducheſſa preciſamente vender Campi, e Squinzano, perchè la promeſſa della vendita dal Duca fu fatta con doppio giuramento nel primo iſtrumento dell'anno 1761, e nell'ultimo dell'anno 1763.

36 Ma qual modo ſi avrebbe a tenere per coſtringerla a vendere?

Ce ne ha di molti appreſſo i Dottori: e gli ha tutti raccolti il Canonico de Luca (*b*). I meno violenti ſono, il deſtinarſi perſona a far la coſa, che dal promiſſor contumace non ſi vuol fare (e coteſta perſona è talvolta il Giudice iſteſſo (*c*)) o'l dichiararſi, che la coſa

---

(a) *L. quoties* 34. *de uſufr. & quemadmodum &c., L. qui ſolvendo* 60 *de her. inſt. L. quum pater* 77. §. *pen. de leg.* 2. *Mantic. de conject. ult. vol. lib.* 6. *tit.* 13. *num.* 11.

(b) *In Deciſ. de Franchis* 310.

(c) *Luca ad cit. Deciſ. num.* 2.

cosa si abbia per fatta: e questo secondo modo, in un caso simile al nostro, tenne ne' tempi del de Franchis il S. Consiglio (*a*), la cui Decisione altamente commenda il Fontanella (*b*). Sono l' uno, e l' altro non disacconciamente tratti da' Libri del jus Romano, ne' quali scrive Ulpiano (*c*): *Si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatum alimenta constituentur: quod si non praestentur, pignoribus captis & distractis, cogetur sententiae satisfacere:* e l' Imp. Antonino (*d*): *Res ob causſam judicati (datas) ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse, saepe rescriptum est: nam in vicem justae obligationis succedit ex causſa contractus auctoritas jubentis:* e quinci è nato quel comun detto de' nostri, che 'l *fatto del Giudice, è 'l fatto della parte* (*e*). 37 Mi giova di trascrivere un bel luogo dal Card. de Luca, il quale tratta appunto il caso della promessa di vendere; e 'l tratta molto più distintamente che altri (*f*): *Si in facultate sit ipsius promittentis implere ipsum promissum factum praecisum: & tunc altera intrat distinctio, an tale implementum consistat in aliqua re materiali extante, in qua Judex explicare, vel supplere valeat factum partis, ipsamque rem uni tollere, & alteri tribuere, ut, juxta hanc facti speciem, contingit in rebus soli, vel etiam in mobilibus, aut se moventibus, quae extent: atque tali casu promissio de vendendo, vel donando, seu permutando &c., habenda est pro ipso facto, ut ad illud praecise promittens cogendus veniat,* 38

(a) *In cit. Decis.* 310.

(b) *Decis.* 252. *a num.* 4.

(c) *In L. si quis a liberis* 5. §. *si quis ex bis* 10. *de agnos. & al. lib.*

(d) *In L.* 1. *C. si in causſa judic. pign.*

(e) *Luca ad cit. Decis. num.* 2.

(f) *De emt. & vend. disc.* 48. *num.* 5. *v.* Si vero.

atque non admittatur ad oblationem reficiendi id, quod interest, neque admittenda sit ista propositio, ut nemo cogi valeat ad factum praecisum, sed praestando interesse liberetur, quoniam poterit Judex non solum adhibere remedium multarum, aliarumque specierum coactionis, sed etiam supplendo factum ipsius principalis, atque faciendo id, quod ipse facere posset, & deberet, exercebit remedium reale improprium pro actionis personalis effectuatione, tollendo ipsam rem promittenti, eamque tradendo promissario.

39 E non osta quel, che soggiungesi nella XI *Nullitá*, che sebbene il S. Consiglio avesse avuta fino all'anno 1595. l'autorità di far vendere il feudo ad istanza del creditor senz'assenso, ed in virtù di azione meramente personale; nondimeno in quell'anno la perdè per alcune Carte Reali, di cui testimonianza ci rende il de Franchis (*a*); e che s'introdusse allora la pratica di spedirsi contr'al feudatario il mandato esecutivo personale, perchè s'incarcerasse. Non osta, perchè di coteste Reali Carte, altro non si sa, che quel, che a voce ne disse nell'abolito Collaterale un solo de' Reggenti (e così ci lasciò scritto il de Franchis) nè finora ci è stato altri, che le abbia lette; o che ci abbia fatto sapere, dove siano, e come si abbia a fare per leggerle: e nè meno osta, date ancora per vere cotestе Carte, perchè sarebbero da intendersi del creditore, la cui azione è diretta a conseguir danaro, non del creditore, che ha l'azion personale diretta ad avere il feudo. Nel primo caso, perchè'l creditore ha diritto di conseguire il danaro, nol feudo, ben può provvedersi alla di lui indennità col sequestro de'frutti, o col darglisi la tenuta del feudo: co' quali modi, oltre l'incarcerazione del feudatario, può dal creditore esercitarsi l'azion personale: nel secondo, per-

(a) *Decis.* 704. *num.* 3.

perchè 'l creditore ha diritto di avere il feudo, il feudo
assi a vendere: e nol volendo vendere il feudatario, dee
farsi luogo alla massima legale, che può 'l Giudice sup- 40
plire il fatto della parte, e destinar persona, che 'l ven-
da, impetrandosi nella vendita il R. assenso: il che ne'
feudi ereditarj, dice il de Franchis (*a*), che *apud senio-
res fuit habitum pro indubitato.*

§. II.

Dell' affitto di Campi, e Squinzano per anni sei coll' obbligo di rinnovarlo di sessennio in sessennio.

NElla XVII *Nullità* si dice, che sotto il divieto 41
dell' alienazion de' feudi senza l' assenso del Prin-
cipe, è compresa la locazione di tempo lungo, cioè di
dieci anni: ed egli è questa (io nol nego) l' opinione
della più gran parte degli spositori del jus feudale: e la
ragion, ch' e' ne recano, è questa, perchè sì fatta loca-
zione trasferisce nel conduttore il *jus in re;* cioè 'l qua- 42
si dominio, che *dominio utile* volgarmente vien detto.
Così per comun sentimento de' Dottori il Rosentall (*b*):
*Vassallus prohibetur feudum ad longum tempus decem an-
norum, aut ulterius sine consensu Domini locare. Ratio,
quod in hujusmodi longi temporis locatione possessio, &
utile jus dominii in conductorem transire receptum sit.* Non
altrimenti il de Ponte (*c*). Soggiungesi, che la division 43
del tempo in più sessennii, come fatta in frode della
Legge, non deve operare, che tante sieno le locazioni,

(a) *In cit. Decis. 704. num. 2. & 3.*

(b) *Tract. jur. feud. cap. 9. membr. 1. concl. 7. num. 8., & 9. Adde ibi notata lit. i, & k.*

(c) *Decis. 28. num. 24. & seq., & num. 42.*

quanti ſono i ſeſsennii, ma che debban queſti unirſi inſieme, e conſiderarſi come un tempo continuato, ſicchè l'affitto ſia uno, e ſeguentemente di tempo lungo: tanto più, che la rinnovazion di eſso è, come dice il Card. de Luca (*a*), una rinnovazion neceſſaria in virtù del patto dal bel principio appoſto, cui non potrebbe contravvenire il locatore.

Quandochè vero foſſe quel, che della locazione di tempo lungo comunemente s'inſegna, vero non ſarebbe quel, che ſi ſoggiunge della frodolente diviſion di tem-
44 po. E' dottrina del Baldo, da ben molti ſeguita, e, tra' noſtri, dal Capece (*b*), e dal de Marinis (*c*), che val ſenza aſſenſo la locazion de' feudi fatta per dieci anni, ed ancora per cento, ſe da' contraenti eſpreſſamente ſi dica, che non s' intende per eſſa di trasferire il jus *in*
45 *re*. Ciò non ſi eſpreſſe nel noſtro caſo; ma poichè pari è la forza dell'eſpreſſo, e del tacito, quando è veriſimile, che'l non eſpreſſo ſi ſia voluto (*d*); dee ciò nel caſo noſtro averſi per eſpreſſo. Chi all' affitto di un feudo appone il patto della rinnovazione da ſeſſennio in ſeſſennio, per qual' altra ragione divide i tempi, e gli atti, ſe non perchè non intende di trasferire nel conduttore il jus *in re?* Non ſe ne può recare altra più veri-
46 ſimil ragione: e nel dubbio, non è da creder mai, che ſieſi fatta frode alla Legge, tra perchè della frode dee
47 chiaramente coſtare (*e*), tra perchè nel dubbio, e ne' caſi ancora di ſtretta interpetrazione, dee l'atto interpetrarſi

(a) *De alienat. diſc.* 1. *num.* 33.
(b) *Inveſtit. v.* feudorum locationes.
(c) *Reſol. lib.* 2. *cap.* 31. *num.* 18.
(d) *Fuſar. de ſubſt. q.* 237. *num.* 14.
(e) *L. dolum C. de dolo malo.*

trarsi in modo, che vaglia (*a*), e che più giovi a colui, che 'l fa (*b*). Oltracciò, potrebbero unirsi i tempi, e con- 48
siderarsi come un tempo continuato, quando la durata di essi uniti insieme sia certa, non già quando, non ostante che siesi fatta la locazione, come nel caso nostro, per più sessennii, potrebbe questa prima del primo sessennio, e forse ancora tra pochi giorni finire. In questo secondo caso, per la incertezza della durata, quanti sono i sessennii, tante sono le locazioni. Così nel caso 49
di un affitto fatto fino alla terza generazione col patto di rinnovarlo di nove in nove anni, maestrevolmente rispose il grande Andrea Alciati (*c*): *Satis puto, in casu, de quo agitur, tot esse locationes, quot novennia, per rationes, & auctoritates alias adductas. Non obstat, quod sicut, quando locatio facta est in perpetuum cum pacto renovandi de novennio in novennium, videtur una locatio secundum Butr. Anch. Imol. in cap. 1. de precar., ita etiam in casu nostro, in quo facta est in tertiam generationem cum pacto renovandi &c. Respondeo, quod manifesta est ratio differentiae inter istos casus, quia, quando dictum est IN PERPETUUM, unus est contractus secundum Bald. in L. voluntas C. de fid. comm. & Alexand. in cons.* CLXIV. *in 2., & habet terminum certum, id est infinitum, & perpetuum; sed quando dicitur IN TERTIAM GENERATIONEM, habet tempus incertum, quia nescitur, ad quod tempus perseveratura sit tertia generatio: unde restringitur contractus ad novennium, ut singulis novenniis incipiat.* Lo stesso comunemente s'insegna nel caso, che 50
senza dividere i tempi, e gli atti, la locazione da principio sia una, e di tempo lungo, purchè incerta ne sia

la

(a) *Fusar. q.* 351. *num.* 36.
(b) *Fusar. q.* 199. *num.* 13.
(c) *Respons.* 756.

la durata. La sola incertezza basta ad impedir la traslazione del jus *in re*. Trattò questo punto Giannandrea di Giorgio (*a*) difendendo l'affitto di un uffizio fatto senza il Reale assenso per anni quindici: e non per altra ragione il difese, se non perchè, sebben si fosse fatto per tempo lungo, nondimeno, morto il locatore, non sarebbe l'uffizio passato all'erede: e morto nel primo anno il locatore, sarebbe ancora nel primo anno finito l'affitto: *Aliud est locare ad longum tempus, & ab initio certum reddere conductorem pro toto tempore conductionis: aliud vero locare ad certum tempus, durante tamen vita locatoris; primo enim casu transfertur utile dominium in conductorem, secundo vero non; nam licet quis possit vivere centum annis, potest etiam statim mori: & propterea, ratione incertitudinis, non dicitur talis locatio ad longum tempus, & ex ea non transfertur jus in re, & consequenter est valida absque assensu:* e cita l'Isernia, il Camerario, ed altri: e ben potea dire, non esserci chi altri-
51 menti ne creda. In fatti, chi è de' nostri, che vieti il gravar, che si fa ruttogiorno il feudatario successore sul valore del feudo, dandosi intanto altrui la tenuta del feudo istesso? Niuno. Chi è di essi, che per la suddetta tenuta, tuttochè sia per durare cento, e più anni, creda necessario il R. assenso? Niuno. Non è necessario nè meno nel caso, che comprenda l'esercizio
52 della giuridizione (*b*). E qual differenza è posta tra 'l tenutario, e 'l conduttore? Niuna. L'uno, e l'altro han la sola percezion de' frutti: anzi il conduttore paga il fitto, per mezzo del quale ritiene il locatore, a giudizio del Fabro (le cui parole più giù si trascriveranno) il possesso, e la percezion de' frutti; e 'l tenu-

tario

(a) *Alleg.* 5. *num.* 4.

(b) *V. Fr. Rocc. de offic. rubr.* 13. §. 6. *a num.* 75.

tario nulla paga. Or la ragion, per cui la tenuta di 53
cento, e più anni non si ha per alienazione, è questa; perchè la durata di essa è incerta, e può dopo pochi giorni finire, se la somma, al tenutario dovuta, tra pochi giorni si paghi. Poichè dunque l'affitto de' feudi di Campi, e Squinzano fecesi per anni sei col patto della rinnovazione *da sessennio in sessennio fino a che ne seguisse effettivamente la vendita*, chi non vede, che certa non era la durata del tempo lungo? Poteva accadere, che 'l Duca di Cotrofiano nel corso del primo sessennio facesse acquisto di uno, o più altri feudi: nel qual caso era tenuto di vendere; e poteva ancora accadere, che più non curandosi di acquistar nuovi feudi, si risolvesse di vendere: e così nell'uno, come nell'altro caso, sarebbe finito l'affitto. Anzi nel caso nostro ci è più, che nel caso di Giannadrea di Giorgio, poichè nel nostro caso il tempo dell'affitto dipendea tutto dall'arbitrio del locatore.

Ma sia pur una, e di tempo certamente lungo la locazion de' feudi di Campi, e Squinzano. Dinanzi a que' dottissimi Ministri del Re, che debbono della presente causa giudicare, non temo io della volgar sentenza, che ha per alienazione la locazion di tempo lungo. Pur giova, che contra cotesto comune vergognosissimo errore mi faccia io a scrivere secondo le vere massime della feudale, e Romana giurisprudenza.

Secondo il jus comune feudale sono vietate le alie- 54
nazioni de' feudi senza l'assenso del Principe, non già le locazioni: anzi queste sono espressamente permesse senza distinzione di tempi. In un luogo delle *Consuetudini feu-* 55
dali si dice (a), che prima dell' Imperador Lotario permetteasi talvolta l'alienazion del feudo senza saputa del Principe, e che fu poi cotesto abuso per una Costituzione

(a) Lib. 2. tit. 9. *Qualiter olim pot. feud. alien.*

ne di Lotario abolito: indi si soggiunge: *Donare autem, aut judicare pro anima* (cioè *pro anima legare*) *vel in dotem pro filia dare, nullius Curiae poterat consuetudine, licet posset locare, nisi locatio esset fraudulenta alienatio.* Si permette espressamente la locazione senza distinzion di tempi, e quella sola locazione si eccettua, che sia *frodolente alienazione:* nè l'alienazion frodolente è la locazione di lungo tempo, ma una vera alienazione nascosta sotto il nome, e sotto l'apparenza della locazione. L'atto, in tal caso, come fatto in frode della Legge, non val per nulla; non come locazione, perchè questa non si vuole; nè come alienazione, perchè questa dalla Legge è vietata. E che sia da sporre così la *frodolente alienazione*, chiaramente si prova per quel, che quivi soggiungesi: *sicut est per libellum, ut dicatur venditio: quis enim dubitat, quod libellario nomine sub vilissima duorum denariorum pensione perpetuo concedatur utendum, alienatum in fraudem esse?* E l'avea prima detto Ulpiano scrivendo (*a*): *Si quis conduxerit numo uno, conductio nulla est; quia & hoc donationis instar inducit.* Chi dà 'l fondo a fitto per un vil danaro, non corrispondente in alcun modo a' frutti, finge di dare a fitto, e dona in sustanza. Ecco la sola eccezione, che ci dà 'l jus feudale comune: eccezione, che non comprende di certo la locazione di dieci anni, in cui non ci è frode.

56 Nè, perchè le parole del titolo: *Qualiter olim poterat feudum alienari:* o le parole, *licet POSSET locare:* e quelle altre, *nisi locatio ESSET*, riguardano il tempo passato, se ne può trarre quel, che se ne trae nella XVI *Nullità*, cioè, che permettessi la locazione prima de' tempi di Lotario. La locazione, come quella, che nè propriamente, nè impropriamente può dirsi alienazione, è sta-

(a) *L. si quis conduxerit 46. ff. locat.*

è ſtata in ogni tempo permeſſa: onde il Cujacio, ſponendo il ſuldetto luogo delle *Conſuetudini feudali*, ſcriſſe (*a*): *Locare permittebatur, hodieque permittitur:* nè la Coſtituzion di Lotario comprende la locazione: *Nemini licere* (eccone le parole (*b*)) *beneficia, quae a ſuis Senioribus habent, ſine ipſorum permiſſione diſtrahere, vel aliquod commercium adverſus tenorem noſtrae Conſtitutionis excogitare, per quod Imperii, vel Dominorum minuatur utilitas.* Nota giudizioſamente il Cujacio (*c*), che in luogo della voce *commercium*, aſſi a leggere *commentum*, voce acconciſſima a ſpiegare quella *frodolente alienazione*, di cui ſi parla nel traſcritto luogo delle *Conſuetudini feudali*. E coteſta lezione io confermo per lo verbo *excogitare*, il quale molto meglio ſi riferiſce alla voce *commentum*, che alla voce *commercium*. Ma, ritenendoſi la voce *commercium*, il conteſto della Coſtituzione ci farà chiaramente conoſcere, che non può comprendere la locazione. Dieder cauſa alla Coſtituzione le vere e proprie diſtrazioni de' feudi, per cui, ridotti ad inopia i feudatarj, mal potean preſtare i militari ſervigj al Sovrano: *Comperimus milites ſua beneficia paſſim diſtrabere, ac ita omnibus exhauſtis ſuorum Seniorum ſervitia ſubterfugere: per quod vires Imperii maxime attenuatas cognovimus, dum Proceres noſtri milites ſuos omnibus beneficiis ſuis exutos ad feliciſſimam noſtri Numinis expeditionem nullo modo transducere valeant.* Poſta coteſta cauſa, ne aveva a ſeguire, che 'l fine del divieto foſſe, *ne imperii, vel Dominorum minueretur utilitas*. E chi è, che non vegga, che come nella locazione di nove anni, così nella lo-

(a) *Tom. 2. pag. 1245. lit. C. edit. Neap.*

(b) *Conſt.* Imperialis *de probib. feudi alienat. per Lothar. lib. 2. feud. tit. 52.*

(c) *Tom. 2. p. 1322. lit. A.*

cazione di dieci, e più nè la cauſa, nè'l fine della Coſtituzion di Lotario ha luogo? Per qualunque tempo diaſi a fitto il feudo, non ne perde il feudatario nè'l dominio, nè la rendita. La ſteſſa cauſa, e lo ſteſſo fine eſpreſſe poi l' Imp. Federigo, dicendo (*a*), che per le alienazioni de' feudi, *Principes debita ſervitia amittebant, & honor Imperii minuebatur.*

57 Per quel, che ſi appartiene alle Leggi feudali del noſtro Regno, ſono ancora per eſſe vietati i ſoli atti di vera alienazione. Due ne' Libri delle Coſtituzioni ne abbiamo dintorno a ciò, l' una del Re Ruggiero, l' altra dell' Imp. Federigo II. Le parole della prima, ſono (*b*): *Quicunque de Regalibus noſtris magnum, vel parvum quid tenet, nullo modo, nullo ingenio poſſit ad noſtra Regalia pertinens alienare, donare, vel vendere in totum, vel in partem minuere, unde jura noſtra Regalia minuantur, aut ſubtrahantur, aut dammum aliquod patiantur.* Le parole della ſeconda, ſono (*c*): *Decernimus, omnes alienationes, ſeu quoſcunque contractus ſuper feudis, & rebus feudalibus minuendis, aut commutandis, nullam omnino firmitatem habere, niſi de ſpeciali noſtrae Celſitudinis licentia confirmentur. Tranſactiones etiam, ſi quae ſuper eis ſine mandato noſtrae Curiae factae fuerint... nullius decernimus eſſe momenti.* Parlaſi in queſta, ed in quella di donare, di vendere, di diminuire; di commutare, di tranſigere, e generalmente di alienare, cioè di trasferire in altrui dominio, od altro jus *in re:* ed è da notare, che nella Coſtituzion di Ruggiero, precede la voce generale *alienare*, e ſpie-

(a) *Conſt.* Imperialem *de prob. feudi alienat. per Frideric. lib. 2. feud. tit. 55.*

(b) *Conſt.* ſcire volumus *de jurib. rer. regal.*

(c) *Conſt.* Conſtitutionem Divae memoriae *de revoc. feud.*

ſpiegaſi poi per le ſuſſeguenti voci, *donare*, *vendere*, *minuere*, ſignificanti atti di vera e propria alienazione: e più chiaramente nella Coſtituzion di Federigo, la parola *alienationes*, che ancora precede, reſtringeſi a' ſoli contratti *ſuper feudis minuendis*, *aut commutandis:* qual di certo non è 'l contratto della locazione. Si aggiunge, ch' eſſendo la locazione eſpreſſamente permeſſa dal jus feudale comune, e non eſſendo dalle Leggi feudali del Regno eſpreſſamente vietata, ſi ha come permeſſa dalle Leggi ancora del Regno; concioſiachè dove nulla dicono le Leggi feudali del Regno, per certa ed indubitata regola d' interpetrazione, ſia da ricorrere al jus feudale comune. Nè da quel, che ſoggiungeſi nella Coſtituzione dell' Imp. Federigo: *Excadentia autem Baronibus, & militibus locare permittimus*, ſi può dedurre col Bilotta (*a*), citato nella ſuddetta XVI *Nullità*, che permettendoſi la locazione nelle ſole *ſcadenze*, ſia da intendere vietata ne' feudi; poichè primieramente, ſe l' argomento valeſſe, ne ſeguirebbe, che, come qualunque locazione di qualunque tempo nelle *ſcadenze* è permeſſa, così qualunque locazione di qualunque tempo foſſe vietata ne' feudi: e pure ne' feudi non altra locazione ſi vuol vietata, che la locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni: ſecondamente, dopo le parole *locare permittimus*, ſe- 58
guono queſte altre, *dummodo ſub eo annuo ſervitio, & reddito locentur, ſub quo antiquo locari conſueverunt, ita quod in nullo debitum ſervitium, vel redditus minuatur:* per le quali chiaramente ſi moſtra, che 'l verbo *locare*, è da intendere *improprie*, & *largiter*, come dice la Gloſa (*b*), cioè non nel ſignificato di una ſemplice locazione, in cui non può verificarſi nè l' obbligo, che s' impon-

(a) *In concluſ. feudal. concl. 1. num. 4.*
(b) *V. locare.*

quivi a' Baroni di concedere altrui le *ſcadenze ſub antiquo annuo ſervitio*, nè 'l timore, che *minuatur ſervitium debitum*; ma nel ſignificato di una dazione in enfiteuſi, e di una *infeudazione* delle *ſcadenze ſub antiquo annuo ſervitio:* e nota quì giudizioſamente la Gloſa (*a*), che come veniva dal jus feudale comune permeſſo a' Baroni, *Domino inſcio per feudum aliquem inveſtire*, purchè 'l faceſſero *ſincere & ſine fraude* (*b*), ciò venne poi per la Coſtituzion di Federigo permeſſo loro nelle ſole *ſcadenze*. Anche ne' libri del jus Romano ſi uſan talvolta i verbi *locare*, e *conducere* nel ſignificato di dare, e di ricevere in enfiteuſi (*c*).

59 Dunque colle Leggi feudali degl' Imperadori Lotario, e Federigo ſi conformaron del tutto le Leggi feudali del noſtro Regno: ſeguentemente vietaron le ſole vere e proprie alienazioni ſenza l' aſſenſo del Principe; e le vietarono per quel medeſimo fine, per cui le avean vietate Lotario, e Federigo: che non altro, che 'l fine eſpreſſo da Lotario, e Federigo, eſprimeſi per le parole del Re Ruggiero: *ne jura Regalia minuantur, aut ſubtrahantur, aut damnum aliquod patiantur:* e per le parole dell' Imp. Federigo II: *ita quod in nullo debitum ſervitium minuatur*. Le ſole vere e proprie alienazioni potean fare in quegli antichi tempi, che a diminuzione, ed a danno ſoggiaceſſero i diritti del Principe, e ſecondo la ragion de' tempi a noi più vicini ſoggiaccion queſti a diminuzione, ed a danno nel ſolo caſo, che per le vere e proprie alienazioni ſi muti, ſenzachè nulla ne ſappia il Principe, la perſona del feudatario pe' ſervigj, e pe' rilevj, che gli ſono dovuti, e per le devoluzioni, che

(a) *Loc. cit.*
(b) *Lib.* 1. *feud. tit.* 9. Qualiter olim *pot. feud. alien.*
(c) *L.* 1. *&* 3. *ff. ſi ager vectig. vel emphyt. pet.*

che possono accadere: per lo qual fine ancora si dee l' assenso registrare ne' libri del Fisco, e non registrato dentro i tempi prescritti, si ha per non dato: *Considera finem* [così 'l de Marinis (*a*)] *propter quem tam de jure communi feudorum, quam Regni hujus, statutum est, ut in contractationibus feudorum, & jurium Regalium supremi Domini, requiratur assensus: est enim finis, ut sciat Dominus suum feudatarium, sicque ut habeat de illo notitiam propter servitia, relevia, & devolutiones: ac proinde assensus semper est registrandus:* Al contrario, come per le locazioni di nove anni, così per le locazioni di dieci, e di qualunque altro tempo più lungo, non si muta nè la persona del feudatario, nè la ragion fiscale per rispetto de' servigj, de' rilevj, e delle devoluzioni.

A quel, che poi, per sostegno della opposta senten- 60
za, volgarmente si dice, che la locazion di lungo tempo trasferisce il jus *in re*, ostano la natura del contratto della locazione, il jus del feudatario, e l'autorità de' più rispettabili interpetri del jus Romano, e feudale. Secondo l'idea, che senz' alcuna distinzion di tempi ci danno le Leggi della locazione, tanto è lontano, che si trasferisca per essa nel conduttore il jus *in re*, che non acquista costui per essa nè meno il vero possesso. Questo, 61
anche dopo la tradizione della cosa locata, si ritiene dal locatore, a di cui nome possiede il conduttore; e perciò di costui è scritto appresso Ulpiano (*b*), che *est in possessione; ma non possidet:* e quando dicesi, che 'l conduttore possiede, men propriamente si dice (*c*): e ciò tan- 62
to è vero, che migliore della condizione del conduttore è la condizione del creditore pignoratizio. Costui, dice il

(a) *Resol. lib. 2. cap. 31. num. 14.*
(b) *L. officium 9. de rei vind.*
(c) *Cujac. Obs. lib. 9. cap. 33.*

il Fabro (a), *ſibi, non debitori poſſidet:* colui *in poſſeſſione tantum eſt fruendi dumtaxat gratia, eoque nomine praeſtat penſionem domino, qui per eam penſionis perceptionem non tantum rei ſuae poſſeſſionem retinere, ſed etiam re ipſa frui intelligitur, L. non utitur* 38. *cum ſeq. ff. de uſufr.:* e pure non ci è chi poſſa pretendere, che 'l creditore pignoratizio, ſtando per X anni nel poſſeſſo del pegno, ne acquiſti il dominio utile. Dunque la ſola percezion de' frutti ſi trasferiſce nel conduttore: onde il jus, che coſtui acquiſta, ſpiegaſi da' giuriſconſulti Roma-
63 ni o col verbo *uti*, o col verbo *frui* (b). Or il jus su i frutti, è del tutto diverſo dal jus *in re*, cioè ſul corpo
64 del fondo. In fatti il nuovo padrone, tuttochè finito non ſia il tempo della locazione, può, ſe vuole, eſpellere il conduttore (c); ma ſe ci è l' ipoteca del fondo, non gli ſi permette di eſpellerlo. Il jus su i frutti, che per la locazione acquiſta il conduttore, non baſta a di-
65 fenderlo. Ci è uopo del jus ſul corpo del fondo, onde naſce per Legge il jus della ritenzione: e coteſto jus dalla ipoteca, per cui ſi acquiſta il jus *in re*, non dalla locazione gli viene (d). E qual coſa è più ſconcia ad udire di quel comun detto, che la locazione di anni nove è locazione, non alienazione, e trasferiſce nel conduttore il ſemplice jus su i frutti, nol jus *in re*: quandochè poi ai nove ſi aggiunga un altro anno, mu-
66 ta natura, e diventa alienazione? Quando mai le Leggi han data al tempo la forza di trasformare i contratti?

(a) *De error. Pragm. dec.* 100. *nr.* 5.

(b) *L. ſi quis domum* 9. *pr.* & §. 1. *L. en conducto* 15. *pr. L. ſi in lege* 24. §. 4., & *L. habitatores* 27. *pr. ff. locat.*

(c) *L. emtorem* 9. *C. de locat.* & *conduct.*

(d) *V. Brunneman. in cit. L.* 9.

ti? Di sì ſtrane trasformazioni non ci ha eſempio ne' libri del jus Romano. Per queſto graviſſimo argomento, deriſe il Connano la contraria volgar ſentenza, ſcrivendo (a): *Noſtri non modicum id eſſe opinantur, quod non eſt decennio minus: ex quo concludunt, quemcumque decem annorum conductorem domini inſtar eſſe, & habere facultatem agendi ad rem, quaſi vero ſolius temporis ſpatium hoc juris tribuat.... In tempore, quantumvis magno, non ſatis eſt auctoritatis ad transmittendam dominii utilitatem.* Di queſto iſteſſo argomento ſi valſe il Fabro, deridendo 67
anch' eſſo la contraria dottrina, e 'l confermò riflettendo, che ſe per Legge non baſta il tempo ad indurre l' obbligazion perſonale, la quale più facilmente s' induce, che ſi acquiſta il dominio, molto men può baſtare a trasferire il jus *in re*. *Si tempus* [e' ſcrive (b)] *per ſe non eſt modus tollendae, aut inducendae obligationis perſonalis, L. obligationum 44. §. placet de obl., & act. quanto minus poterit eſſe modus per ſe adquirendi, vel amittendi dominii?* Di Giacomo Cujacio, ci è chi crede, che aveſſe poſta nel ſolo tempo la differenza tra la locazione, e l' enfiteuſi, inſeguando eſſer locazione, se 'l tempo ſia di cinque anni al più; ed enfiteuſi, ſe a' cinque qualche altro anno ſi aggiunga. Così di lui crede il Vinnio, e ne 'l riprende (c): *Sane non eſt aſſentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quae luſtrum egrediuntur, conſtituere jus emphyteuticarium. Abſurdum enim eſt, ei, qui ad ſex, aut ſeptem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti poſſidetis, jus alienandi, ſervitutem imponendi, & novum opus nunciandi: quae omnia emphyteutis conceſſa eſſe, conſtat.* Ma di sì ſconcia e sì

ſtra-

(a) *Comment. jur. civ. lib. 7. cap. 12. num. 4.*
(b) *Loc. cit.*
(c) *In §. 3. Inſt. de locat. num. 4.*

ſtrana opinione non è ſtato mai autore il Cujacio, e 'l moſtrerò io più giù. Che poi non abbian mai le Romane Leggi data al tempo la forza di trasformare la locazione in alienazione, ſi prova ancora per un altro argomento tratto dal veriſimile. In niuna delle tante parti del corpo del jus Civile, nelle quali della locazione ſi parla, ſi fa mai alcun motto della differenza tra la locazione di nove anni, e la locazione di dieci: e non è da credere in alcun modo, che vi ſi foſſe coſtantemente taciuta coſa tanto importante. Per quest'altro, non men grave argomento, deriſe ancora il Pinelli la contraria dottrina: *In longo* [e' dice (*a*)] *exactoque tractatu DE LOCATO, nec Juriſconſulti, nec Imperatores eam temporis differentiam tradiderunt; imo omnem locationem, quod ad tempus attinet, aequare videntur; ſi enim talis differentia vera eſſet, a juris conditoribus omitti non debuit.* E non ſolo in que' luoghi, ne' quali ſi parlò della locazione, coteſta ſognata differenza ſi omiſe, ma dove ſi parlò degli atti compreſi ſotto il divieto dell' alienazione, non ſi parlò della locazione di dieci, o di più
68 anni. L'Imp. Giuſtiniano, perchè più non ſi diſputaſſe, ſe 'l tale, o 'l tale atto foſſe, o non foſſe compreſo ſotto il divieto di alienare, in una ſua Coſtituzione (*b*) dichiarò, che 'l divieto di alienare fatto o dalla Legge, o dall'uomo, oltre gli atti, onde propriamente ſi trasferiſce il dominio, ſi eſtende alla ipoteca, alla coſtituzione delle ſervitù, ed alla enfiteuſi. Era coteſto il luogo, in cui ſarebbeſi dovuto parlare della locazion di dieci anni, ſe ſi aveſſe avuta per alienazione; tanto più, che parlavaſi dell' enfiteuſi, che la ſimiglia: e pure non ſene fece parola. E come ſe ne aveva a far parola, ſe la

dif-

(a) *In L. 1. C. de bon. mat. part. 3. num. 66. in fine.*
(b) *L. ult. C. de reb. alien. non alien.*

differenza tra la locazione di nove, e la locazione di dieci anni, ne' libri del jus Romano chiaramente ſi eſclude? In due luoghi delle Pandette (*a*), parlano Giu- 69
liano, e Labeone di una locazione *in plures annos* (cioè oltre i cinque anni, ch' era appreſſo i Romani il ſolito tempo degli affitti de' fondi così pubblici, come privati (*b*)); e tuttochè quel tempo indefinito di *più anni* comprendeſſe ancora il decennio, come di ſemplice locazione ne parlano. In un terzo (*c*), parla Giavoleno d'una locazione *in annos decem*, e ne parla ancora come di ſemplice locazione.

In quanto al jus del feudatario ſul feudo, è da no- 70
tare, che due diritti ha coſtui, l' uno ſul corpo del feudo, il quale è diritto di proprietà, l'altro su i frutti. Il primo dipende in guiſa dal ſupremo diritto del Principe, che non può 'l feudatario, ſenza l'aſſenſo del Principe, trasferirlo in altrui: del ſecondo può 'l feudatario uſare, come ne uſerebbe il Principe iſteſſo: e la ragion della differenza, è queſta: perchè 'l primo diritto riguarda il corpo del feudo, ch' è feudale: il ſecondo riguar- 71
da i frutti, che, o ſeparati, o pendenti, ſono burgenſatici. Contentomi di traſcrivere un ſolo luogo del dotto Struvio, che ha coteſto punto meglio, che altri, trattato. Il luogo è queſto (*d*): *Ad pleniſſimam fructuum perceptionem ſpectat, quod vaſſallus non ſolum queat locare feudum, vel alio modo jus percipiendi fructus ex feudo alteri concedere, ſed etiam commoditatem feudi pignori dare, vel*

(a) *L. qui fundum* 30, *& L. quum in plures* 60. *ff. locat.*

(b) *V. Cujac. in tit. ff. ſi ag. vectig. pet. tom.* 7. *p.* 377. *edit. Neap.*, *& Briſſon. de verb. ſignif. v.* inſtrum.

(c) *L. fundi partem* 79. *de contrab. emt.*

(d) *Syntagm. jur. feud. cap.* 12. §. 7. *num.* 1. *&* 2.

hypothecam in ea constituere, & inde potest quoque immissio in feudum ratione fructuum fieri; ratione fructuum enim se habet vassallus, ut alius dominus, ideoque non solum ipse fructus percipere potest, sed etiam quavis ratione de fructibus disponere: quod de fructibus separatis, ac redditibus perceptis facile constat, siquidem isti non sunt res feudales, sed allodiales, Schelt. ad Mod. Pistor. 3. quaest. 120. n. 18. Vultej. de feud. cap. 10. n. 75. De fructibus autem nascituris, seu jure percipiendi fructus pendentes, aliaque emolumenta ex feudo, an idem dicendum sit, dubitat Vultejus n. 76. Verum & hos fructus liberae dispositioni vassalli subjacere, recte COMMUNITER interpre-

72 *tes statuunt*. In fatti burgensatica è la tenuta de' feudi, tuttochè riguardi i frutti pendenti, e i futuri.

Che può ora valere la contraria autorità della più gran parte de' Dottori? E se tutti, senza contraddetto di alcuno, insegnassero esser la locazione di lungo tempo un modo da trasferire il jus *in re*, che potrebbe l' autorità loro valere contra le chiare ed espresse disposizioni delle Leggi? Pur non tutti insegnan così: e se per la sola autorità de' Dottori si avesse la presente causa a decidere, ceder dovrebbe il maggior numero alla maggiore autorità di coloro, da' quali il contrario

73 s'insegna. S'insegna il contrario, secondochè si è detto, dal Connano, dal Fabro, e dal Pinelli: il contrario s' insegna dal Cumano, e dal Ritterusio, le cui parole non ho pronte; ma se ne citano i luoghi dall' Amaya (*a*), e dallo Struvio (*b*): e 'l contrario finalmente s'insegna da Fr. Accursio, da Anton Matteo, dal Perezio, dal Vinnio, dall' Amaya, dal Gonzalez, e da' tre moderni dottissimi interpetri del jus feudale, Giorgio Adamo

(a) *In L. un. C. de vend. rer. fisc. lib. 10. num. 50.*
(b) *In cit. §. 7. num. 2.*

mo Struvio, Samuele Strikio, e Giuſeppe Leopoldo Roth, i di cui luoghi di traſcriver mi giova.

Scrive Accurſio (*a*): *Si quis, alienare prohibitus, locet in centum annos, vel mille, non alienat.*

Scrive Anton Matteo (*b*): *Locatio, conductio, in perpetuum contrahi poteſt, nec propterea in emphyteuſim tranſit, L. viam C. de locat. L. qui fundum 32. ff. eod..... Locatio nec dominium mutat, L. non ſolet 39. ff. eod. nec poſſeſſionem, L. ſi quis 10. §. 1. L. quod meo 18. ff. de adq. poſſ.: quum vero conductor poſſidere dicitur, L. 23. & 25. C. eod., loquutio eſt impropria.*

Scrive il Perezio (*c*): *Recipit locatio tempus, & conditionem. Tempus vel eſt breve, vel longum: breve, quod non extenditur ad decennium: longum, ſi in decennium, vel ultra porrigatur: quo genere locationis in conductorem praedii dominium non transferri, manifeſti juris eſt.*

Scrive il Vinnio (*d*): *Locatio, quantivis temporis, non eſt modus transferendi dominii, L. non ſolet 39. ff. locat.*

Scrive Fr. Amaya (*e*): *Falſum eſt, ex locatione longa transferri dominium utile: quam doctrinam Pragmatici contra juriſprudentiam veram invexerunt, quum nulla differentia ſit inter locationem ad longum tempus, vel ad breve.*

Scrive il Gonzalez (*f*): *Verum eſt, nec ex locatione*

(a) *In L. Lucius* 88. §. *inſtituto* 15. *de leg.* 2. *v.* non extitiſſe, *lit. o.*

(b) *Colleg. jur. diſp.* 25. *n.* 5. & 6.

(c) *In tit. C. de locat. num.* 15.

(d) *Loc. cit. num.* 3.

(e) *Loc. cit.*

(f) *In cap.* ad audientiam 9. *de reb. Eccl. non alien. num.* 1.

ad modicum tempus, nec ad longum facta, dominium aliquod in conductorem transferri: nec contrarium probant textus supra expensi, qui loquuntur, & procedunt in emphyteusi, ex qua dominium utile transfertur.

Scrive lo Struvio (*a*): *Locationem quod spectat, forte res dubio caret, quia loco fructuum vassallus percipit mercedem, & per locationem nullum jus in re in alium transfertur: quae ratio obtinet, sive ad breve, sive ad longum tempus locatio ineatur.*

Scrive lo Strikio (*b*): *Potestne vassallus feudum locare? Adfirm., quia non est alienatio, L. 39. ff. locat., nisi sit fraudulenta. Quid si ad longum tempus sit facta locatio? Nihilominus valet, quia d. L. 39. generaliter loquitur.*

Scrive il Roth (*c*): *Potestne vassallus beneficium locare? Resp., quod ita, per locationem enim nullum transfertur dominium, L. 39. ff. locat., nisi esset fraudulenta, si palam locetur, & clam vendatur. Quid si ad longum tempus facta locatio? Resp., Valet locatio, quia per locationem nunquam transfertur dominium.* L' autorità di cotesti XIV rispettabilissimi Autori, dee certamente indurre un gran dubbio nella mente del Giudice: e tanto basta a non far valere le *Nullità*.

74 Pur non sono io contento ancora; e per iscreditar del tutto la contraria volgar sentenza, voglio scoprirne la vergognosissima origine. L'origine è stata non altra, che una prava interpetrazione di alcuni luoghi del jus Canonico, e di alcuni altri del jus Civile. In una Decretale di P. Celestino III (*d*), si legge: *Ad audientiam nostram no-*

(a) *Loc. cit.*
(b) *Exam. jur. feud. cap. 19. num. 18. & 19.*
(c) *Pandect. feudal. cap. 19. q. 18. & 19.*
(d) *Cap.* ad audientiam *9. de reb. Eccl. non alien.*

noveris pervenisse, quod quidam de Canonicis Exonensis Ecclesiae, quaedam praedia ejusdem Ecclesiae, inconsultis aliis fratribus, in damnum ejus in perpetuum locaverunt: ideoque mandamus, quatenus, si verum est, quod asseritur, locationes illas legitime revocare curetis. In questa Decretale si è comunemente creduto contenersi il divieto della locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni, come di quella, che si ha per alienazione (*a*); quandochè quell'*in perpetuum locaverunt*, è da intendersi non della 75
semplice locazione, che ne' libri della Legge non si spiega mai colla giunta della voce *in perpetuum*, ma dell' enfiteusi, di cui, comechè per ispezial convenzione possa restringersi a determinato tempo, nondimeno, perchè 'l jus dell' enfiteuta, *natura sua perpetuarium est*, come il Vinnio scrive (*b*), non altra idea ci si dà, che di una *perpetua* locazione (*c*). E che P. Celestino dell' enfiteusi parlasse, provasi per un argomento, contra cui non ci è risposta, che vaglia. I modi di dire, che usa P. Celestino, ci fanno intendere, ch' e' non fa quivi un divieto del tutto nuovo, ma riprova una locazion perpetua, come un' alienazion fatta contr' al divieto degli antichi Canoni: e i Canoni più antichi di Celestino, sotto la voce *alienazione*, comprendeano *emphyteusim perpetuum contractum* (*d*), non già la locazione. Primamente nell' anno 1311 P. Clemente V. vietò la locazione di tem- 76
po lungo (*e*), la quale fino a' tempi di P. Paolo II. fu dagl'

(a) *V. Gonzalez in cit. cap. 9.*

(b) *In cit. §. 3. not. 1.*

(c) *L. 1. si ager vectig. vel emphyt.*, *L. 1. C. de off. Com. Sacr. Palat.*, *L. 1., & 3. Cod. de locat. praed. civ. lib. 11.*, *& cit. §. 3. Inst.*

(d) Cap. nulli 5. *eod. tit.*

(e) *Clem.* Monasteriorum, cap. 1. *de reb. Eccl. non alien.*

dagl' interpetri inteſa per quella, che faceaſi per anni dieci, e cominciò poi per una Coſtituzione di P. Paolo (*a*) ad intendersi per quella, che ſi faceſſe oltre i tre anni.

77 Così dagli antichi interpetri delle Decretali primamente s'insegnò, che la locazione di dieci anni foſſe alienazione; e ſucceſſivamente i Feudiſti, per argomento tratto da' beni della Chieſa a' feudi, ebbero per alienazion de' feudi la locazione, che ſe ne faceſſe per dieci anni, abu-

78 ſando così del jus Canonico, e del jus feudale. La ragion, per cui il jus Canonico vietò la locazione di lungo tempo, non fu, perchè l'ebbe per alienazione, che trasferiſſe il dominio utile; ma, perchè temè, che lo ſtare per lungo tempo i fondi della Chieſa in mano de' conduttori, ſenzachè poteſſero torſi loro di mano, non tornaſſe in di lei danno, caſochè nel corſo di sì lungo tempo ne creſceſſe il fitto: onde per quella utilità, che avea data cauſa al divieto della vera alienazione, l'eſteſe ancora alla locazione di tempo lungo, come ad un contratto del tutto diverſo, il quale, ſebbene non traſferiſſe quel jus *in re*, che la vera alienazion trasferiva,

79 nondimeno riuſcir potea dannoſo alla Chieſa. Così ſono da ſporre i ſuddetti luoghi del jus Canonico: e così gli ſpone il dotto Fr. Amaya: il quale, dopo di aver convinti di manifeſtiſſimo errore coloro, che han per alienazione la locazion di tempo lungo, all'argomento tratto dal jus Canonico, riſponde così (*b*): *Non obſtat Clem. 1. de reb. Eccl. non alien., ubi, ſub nomine alienationis, continetur locatio ad longum tempus; nam non comprehenditur proprio nomine, ſed ex extenſione legis..... quum poſſet evenire, ut ſi res Eccleſiae ad longum tempus non eſſet locata, utilior eſſet Eccleſiae.* La ſpoſizione, e la riſpoſta dell'

(a) *Extrav.* ambitioſae *lib.* 3. *Extrav. comm. tit.* 4.
(b) *In cit. L. un. num.* 56.

dell' Amaya, ritiene ancora il Gonzalez (*a*): ed io la confermo per la ſopraccitata Coſtituzione di P. Paolo II, che vietò la locazione de' beni della Chieſa oltre i tre anni. Se l'aveſſe vietata come alienazione, ne ſeguirebbe, 80
che la locazione, perchè vera locazion foſſe, ſi avrebbe a fare infra il triennio: e che fatta per tre anni, ed un meſe, trasferirebbe il dominio utile nel conduttore: e per argomento tratto da' beni della Chieſa a' feudi, lo ſteſſo della locazion de' feudi ſarebbe ancora da dire: e della locazion de' feudi qualche ſciocco forenſe l'ha detto (*b*). Ma chi è, che, udendo coſa cotanto ſtrana, poſſa tener le riſa? Fu dunque la diſpoſizione del jus Canonico una eſtenſion del divieto da un contratto ad un altro del tutto diverſo in quanto al genere, ed in quanto all' effetto: eſtenſione non fatta dal jus feudale. Come poi può trarſi argomento da' beni della Chieſa a' feudi, quandochè molto diverſa è la ragion de' primi dalla ragion de' ſecondi? Che ſe dubbia pur foſſe la diſpoſizione del jus feudale, ſecondo le regole del jus Civile, non del jus Canonico, ſarebbe da interpetrarſi: e ſi è già provato, che, ſecondo il jus Civile, la locazione di tempo lungo, non va compreſa ſotto il divieto dell' alienazione.

E pure (chi 'l crederebbe?) per difendere il comun' 81
errore, ricorrono alcuni al jus Civile. In tre luoghi poſti ſotto il titolo delle Pandette, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, ſi legge (*c*): *Agri Civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur: id eſt hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipſis, qui conduxerint, ne-*

(a) *In cit. cap. 9. num. 1. in fine.*
(b) *De Luca ad de Marin. reſol. lib. 2. cap. 31. num. 11.*
(c) *L. 1. eod.*

neque his, qui in locum eorum ſucceſſerunt, auferri eos liceat. [Forſe han mutato luogo per colpa de' copiſti le voci *tamdiu*, e *quamdiu*, e queſta è da porſi, ov' è quella. Di sì fatte mutazioni ci ha, dopo A. Agoſtino, dati più eſempj il Bynkershoek (*a*)] *Non vectigales ſunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros noſtros colendos dare ſolemus. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adverſus quemvis poſſeſſorem, ſed & adverſus ipſos municipes; (b) ita tamen ſi vectigal ſolvant. (c) Idem eſt, & ſi ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum ſit*. Parlaſi della locazion perpetua de' fondi delle Città, e diceſi, che per eſſe ſi acquiſta a' conduttori l' azione *in rem*: indi foggiungeſi eſſer da dire lo ſteſſo delle locazioni *ad tempus*: *Idem eſt & ſi ad tempus habuerint conductum*: dove quell' *ad tempus*, è da intenderſi, come ſe ſi foſſe ſcritto *ad tempus non modicum*: la quale interpe-
82 trazione ſi appoggia in quel, che del ſuperficiario dice Ulpiano (*d*), che, ſebbene regolarmente gli ſi neghi l'azione *in rem*, nondimeno, *cauſſa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit ſuperficiem, in rem actio competet*. Ecco (e' dicono) ſi dà l' azion reale, naſcente dal jus *in re*, non ſolo a' conduttori perpetui, ma ancora a' conduttori di tempo *non breve*; cioè, com' eſſi l' interpetrano, di dieci anni.

83 Forſe men tollerabile dell' abuſo fatto del jus Canonico, è l'abuſo, ch' e' fanno del jus Civile, interpetrandolo a coteſto modo. Ne' traſcritti luoghi, parlaſi de' fondi

(a) *Obſ. lib.* 1. *cap.* 11., *lib.* 2. *cap.* 9., *lib.* 3. *cap.* 5. *&c.*
(b) *L.* 2. *eod.*
(c) *L.* 3. *eod.*
(d) *L.* 1. §. 3. *ff. de ſuperfic.*

di *vettigali*, cioè de' fondi *enfiteuticarj*: e non ce ne fa dubitare il titolo, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, dove, se quel *vel* tanto valesse, quanto *id est*, come, dopo Fr. Accursio, volle il Cujacio (*a*), sinonimi sarebbero *vectigalis*, ed *emphyteuticarius*: se poi fosse, qual'è'l più delle volte, una particella alternativa, come piacque al Fabro (*b*), per la voce *vectigalis*, spiegherebbesi l'enfiteusi de' fondi pubblici: e per la voce *emphyteuticarius* l'enfiteusi de' fondi privati: la qual differenza non riguarda la sustanza. Comunque stia la cosa, è certo, che l'azione *in rem* si fa nascere dall' enfiteusi, non dalla semplice locazione, di cui non si tratta sotto quel titolo: e come la clausola *in perpetuum*, così la clausola *ad tempus*, alla enfiteusi, non alla locazione si riferisce: onde quando per argomento tratto da quel, che del superficiario scrive Ulpiano, si avesse la parola *ad tempus* da intendere del tempo *non lungo*, nè meu tornerebbe bene nel caso nostro; poichè già si è detto, 84
che sebbene il jus dell'enfiteuta, secondo la natura dell' enfiteusi, sia perpetuo, nondimeno può, per convenzione, restringersi a certo tempo. In fatti, citando il Vinnio lo stesso luogo di Ulpiano, intese anch' esso la parola *ad tempus* del tempo *non breve*; ma all' enfiteusi, non alla locazione la riferì (*c*): *Jus emphyteuticum, jus perpetuarium appellatur*, L. 1. C. *de off. Com. sac. Palat.*, & *emphyteutae perpetuarii conductores*, L. 1. & 3. C. *de locat. praed. civ. lib.* 11., *quanquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit*, L. *ult. si ag. vect.* L. 1. §. 3. *de superfic.* E pure, anche nell' enfiteusi di 85
tempo certo, non è necessario, che quel *tempus non mo-*

(a) *In cit. tit. ff. si ager vect. tom. 7. p. 376.*
(b) *In cit. tit. ff.*
(c) *In cit. §. 3. num. 2.*

dicum, sia almen di dieci anni. Tuttochè sia di nove, o di otto, esser può vera enfiteusi, e può trasferirsi per essa il jus *in re*, se tal sia la mente de' contraenti. Quel Vinnio stesso, che del tempo dell' enfiteusi scrisse, *dum ne id modicum sit*, immediatamente soggiunse: *Caeterum, ut emphyteusis constituta censeatur, id non aestimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo quod actum est*. E questo è 'l luogo da dimostrare, non esser vero quel, che del Cujacio il Vinnio credè; cioè, che avesse posta nel solo tempo la differenza tra la locazione, e l'
86 enfiteusi. Spiegando il Cujacio quel testo di Ulpiano (*a*): *Causſa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*, scrive. (*b*): *Causſa cognita danda est actio haec; nec enim dabitur ex locatione nuda, & simplici, sed ex causſa tantum, quae jus conductori tribuit & constituit: & si quidem locatio fuit in modicum tempus, puta in quinquennium, videtur fuisſe locatio, & conductio nuda ac simplex, sive vulgaris; solebant enim locationes fieri in quinquennium ..... at locationes, quibus conceditur conductori, & constituitur jus emphyteuticum, vel jus superficiarium .... fiunt in longius tempus, quam quinque annorum*. Queste parole fecero credere al Vinnio, che avesse il Cujacio avuta per enfiteusi la locazion fatta oltre i cinque anni. Ma ciò non dice il Cujacio. E primieramente, se nel solo tempo avesse egli posta la differenza tra la locazione, e l'enfiteusi, non avrebbe detto, *causſa cognita danda est actio haec*. Non ci è uopo di cognizion di causa, quando non assi a far altro, che contare gli anni. Secondamente dice il Cujacio, che fatta la locazione per soli cinque anni, par che sia una nuda e semplice locazione, *VI-*

DE.

(a) *In cit. L.* 1. *de superfic.*
(b) *In cit. tit. ff. p.* 377.

DETUR esse locatio nuda & simplex: non dice, che tal sia di certo: nè dice, che, facendosi oltre i cinque anni, sia certamente enfiteusi. Dice, che 'l solito appresso i Romani era, che le semplici locazioni si facessero per cinque anni, e l' enfiteusi per tempo più lungo: e da cotesto solito trae, nel dubbio, un argomento da credere verisimilmente, che avessero i contraenti voluto far piuttosto la locazione, che l' enfiteusi, o piuttosto l' enfiteusi, che la locazione: il quale argomento, comechè sia acconciamente tratto dalla Romana giurisprudenza, ne' tempi nostri non val per nulla, concioslachè non sia appresso noi quel solito, ch' era appresso i Romani. Del rimanente non nega il Cujacio, esser principalmente da attendere quel, che si è voluto da' contraenti; anzi ingenuamente confessa, che ben poteano, secondo il jus Romano, farsi le nude e semplici locazioni per lungo tempo, ed indefinitamente oltre i cinque anni: *Poterat haec conductio simplex fieri in LONGUM tempus, sed sollemne tempus erat lustrum, sive quinquennium: atque ita in L. si in lege §. ult. L. qui fundum, L. quum in plures 3. ff. loc. locare in PLURES annos, idest, in plures quam quinque.*

Ma niuno meglio del Fabro ha scoverto l' error di 87
coloro, che pe' trascritti luoghi del jus Civile han voluto provare, che la locazione di tempo lungo trasferisce il dominio utile nel conduttore. Riflette il Fabro, che nel sopraccitato titolo, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, dassi a' conduttori de' fondi vettigali, od enfiteuticarii l' azione *in rem*, quando si sono dati loro *hac lege; ut quamdiu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat:* il qual patto deve aver luogo non solo nella enfiteusi perpetua, ma in quella ancora, che si contrae a tempo certo, richiedendo co-

sì le ſuſſeguenti parole, *Idem eſt* ec., le quali ſono ripetitive di tutte le precedenti. Coteſto patto fa, che 'l contratto ſia enfiteuſi, tuttochè 'l tempo ſia infra 'l decennio: e ſe coteſto patto mancaſſe, ſarebbe ſempre locazione, tuttochè 'l tempo foſſe di dieci, e più anni. Più
88 ſono i caſi, ne' quali può 'l ſemplice conduttore eſpellerſi, ancorchè paghi puntualmente il fitto (*a*), appunto perchè manca un tal patto; ma l'enfiteuta, in virtù di eſſo, acquiſta il jus *in re*, donde naſce il jus della *ritenzione*; e baſta, che paghi la penſione, perchè non poſſa mai torgliſi di mano il fondo. E coteſto iſteſſo patto, come fa, che uom ſia enfiteuta, non ſemplice conduttore, così fa, che ſia ſuperficiario, non ſemplice conduttore della ſuperficie. Le parole del Fabro ſono (*b*): *In locatione facta ad longum tempus, non minus decennio, aliud eſſe volunt magis communiter, ut ejusmodi locatio ſpecies quaedam ſit alienationis . . . Ratio unica, quam adferunt, illa eſt, quod per hujusmodi locationem transferatur jus in re, & utilis in rem actio conductori adquiratur ex L. ult. ff. ſi ager vectig. vel emphyt. pet., & L. 1. §. quod ait, ff. de ſuperfic. Quibus tamen locis non ſimpliciter de conductione agitur, quae facta ſit ad longum tempus, de qua nunc loquimur, ſed de fundo vectigali, vel emphyteuticario, vel ſuperficiario, qui locatus ſit vel in perpetuum, vel ſaltem ad non modicum tempus, non ſolum conſtituta certa penſione annua, ſed illa etiam lege adjecta, ut quamdiu vectigal aut penſio ſolvetur, non poſſit dominus rem auferre conductori, ut ſcriptum eſt in L. 1. ff. ſi ager vectig.: haec enim pactio illa eſt, quae jus in re, & in rem praebet conductori propter jus retentionis, quod ei tribuit, ut invito etiam domino poſſit rem ſibi retinere: quod in*

cae-

(a) *L. ne de 3. & L. emtorem 9. C. de locat.*

(b) *In cit. crr. 5.*

caeteris vulgaribus & ordinariis conductionibus diverſum eſt. Ex qua L. 1. ſupplendum eſt, quod ſcribit Paulus in L. id eſt 74. ff. de rei vindic., ſuperficiarium eum eſſe, qui in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, ut certam penſionem praeſtet, nimirum eo praeterea concurrente, ut quamdiu penſio praeſtabitur, auferri ei res a domino non poſſit: alioquin ſimplex erit conductor ſuperficiei, non etiam ſuperficiarius; accedit enim proxime jus ſuperficiei ad jus vectigale, aut emphyteuticum.

CAPO II.

S' impugna la prima parte della ſentenza.

NElla prima parte della ſentenza dichiaraſi nullo l' iſtrumento del dì 3 del meſe di Decembre dell' anno 1763, nel quale ſi riepilogarono, e riconfermarono le promeſſe fatte ſin dall' anno 1761 della vendita, e dell' interino affitto di Campi, e Squinzano, e tre nuove coſe ſi aggiunſero, delle quali due giovavano al Duca, una al Pr. Pignatelli. Giovava a coſtui, che la condizione della futura vendita di Campi, e Squinzano ſi eſtendeſſe, come quivi ſi eſteſe, da' contorni di Cotrofiano a' contorni di queſta Capitale, e da' feudi ad altri effetti feudali, o burgenſatici: giovava a colui, che duc. 68000, i quali in virtù del primo iſtrumento doveano dal Pr. Pignatelli appreſtarſi dentro ſei meſi dal dì della richieſta, gli ſi prometteſſero, come quivi gli ſi promiſero, ed in fatti ſi appreſtarono, dentro il meſe di Decembre, del quale eran corſi tre giorni: e gli giovava ancora, che 'l prezzo di Campi, e Squinzano, il qual dovea ſtabilirſi, quando ne ſeguiſſe effettivamente la ven-

di-

dita, o da essi contraenti, o da' Periti, anticipatamente si stabilisse, come già quivi si stabilì, nella somma di ducati 156000. Che troppo alto sia cotesto prezzo, è chiaro per due gravissimi argomenti. L' uno è, ch' essendosi detto nella sentenza, che avesse la Duchessa di Cotrofiano adempito *pro pretio appretiando per Tabularium S. R. C.*, di questa parte della sentenza si è 'l Pr. Pignatelli dichiarato in una sua istanza più che contento. L' altro è, che ben prima della sentenza dicendo il Duca, che troppo basso era quel prezzo, fece il Principe istanza, che si mandasse ad apprezzar Campi, e Squinzano un Tavolario del S. Consiglio a condizione, che apprezzandogli più, suo fosse il danno della maggior somma, e della spesa dell' accesso, ed apprezzandogli meno, andasse il tutto a danno del Duca: alla quale istanza non osò costui di rispondere.

Or poichè l' istrumento dell' anno 1763. fu munito del R. assenso, e dal dotto Contraddittor si pretende, che nullo fu l' istrumento, come fatto per falsa causa; e che l' assenso o fu del tutto nullo, come impetrato anch' esso per falsa causa, e senza l' espressione dell' intero tenore dell' istrumento, o non fu del tutto efficace, come quello, che, sebbene comprendesse la futura vendita di Campi, e Squinzano, nondimeno non ne comprese l' affitto; a cotelle obbjezioni mi so io a rispondere ne' due seguenti §§.

§. I.

Della prètesa nullità dell' istrumento dell' anno 1763.

SI è detto, che 'l Duca di Cotrofiano, uscito d' inopia col danaro del Principe Pignatelli, fece pensiero di stabilir sua sede in questa Capitale, e di acquistar

feudi

feudi piuttosto in vicinanza di essa, che ne' contorni di Cotrofiano; e che in fatti trattò col Principe di Palazzuolo la compera del feudo di Crispano, da qual fu l'occasione dell' istrumento del dì 3 del mese di Decembre dell'anno 1763. Dicesi ora, aver fatto il Duca cotesto istrumento per falsa causa, e per errore, cioè, falsamente credendo vero quel, che quivi si asserì come vero, e vero non era. Si asserì quivi (e notisi, che si asserì dal Duca, del cui proprio fatto trattavasi) che la compera di Crispano erasi già *conchiusa per duc. 66500, anche precedente apprezzo solenne fatto dal Tavolario Vecchione, e precedente ancora decreto di EXPEDIT interposto dalla G. Corte a ruote giunte, e confermato dal S. Consiglio anche a ruote giunte*: le quali cose vere non erano. La compera di Crispano nel dì dell'istrumento non si era conchiusa ancora: l'apprezzo dal Vecchione si fece quattro mesi dopo, cioè nel mese di Marzo del seguente anno 1764., e fecesi per duc. 64034 · 38., non per 66500: e tanto è lontano, che si fosse il decreto di *expedit* dalla G. Corte interposto, e dal S. Consiglio confermato a ruote giunte, che anzi la G. Corte, essendole venuto a notizia, che la Duchessa di Noja avea diritto sul fedecommesso, a cui quel feudo soggiacea, si riserbò la provvidenza, intesa la suddetta Duchessa, la quale non fu poi intesa, perchè 'l trattato tra 'l Duca di Cotrofiano, e 'l Principe di Palazzuolo si sciolse.

Rispondo, che le cose quivi asserite, nella più gran parte sono vere. Si asserisce con verità, che la vendita di Crispano si era già conchiusa, perchè se n'erano già distese le minute. Copia di esse è negli atti della G. Corte: l'originale è appresso D. Carlo Narice, notajo come del Principe Pignatelli, così della Casa di Cotrofiano. Si asserisce con verità, che si era conchiusa per lo prezzo di duc. 66500. Così leggesi nelle suddette minu-

te.

te. Nè può dirsi falso quel, che segue, *anche precedente apprezzo solenne fatto dal Tavolario Vecchione*. Perchè ciò s'intenda, è da sapere, che nell'anno 1755. si trattò la vendita di quel feudo tra 'l Principe di Palazzuolo, e 'l Conte di Policastro, ch'essendo poi stato imprigionato in Gaeta, nol comperò. Ricorse allora la prima volta alla G. Corte il Principe di Palazzuolo per ottenere il decreto di *expedit:* e nel dì 26 del mese di Luglio diè la G. Corte il termine sominario: diè curatore de' fururi chiamati l' Avv. D. Vespasiano Pallamolla, ed ordinò, che 'l Tavolario Vecchione, coll' intervento del Giudice Commessario, facesse l' apprezzo, come in fatti coll' intervento del Commessario il fece. Di ciò non si può dubitare, tuttochè non ne costi dagli atti della G. Corte, perchè non sono oggi, quali erano nell'anno 1755: e si dirà più giù, come fosse andata la cosa. Ma così, come io l' ho detta, raccontasi nelle sopraccitate minute. Così dal Tavolario Vecchione; così dal Tavolario D. Niccolò Scoppa, discepolo, in quel tempo, del Vecchione; e così da' due onestissimi Difensori del Principe di Palazzuolo D. Gaspare Mari, e D. Giacomo Muria si attesta in iscritto: e ne fa pruova ancora la data del titolo di quegli atti, ch' è dell' anno 1755. Dunque non può dirsi falso, che la vendita di Crispano si conchiuse, *precedente l' apprezzo fatto dal Vecchione*. Si sarebbe detto il falso, se si fosse detto, che per occasion della compera, che intendea di fare il Duca di Cotrofiano, quell' apprezzo si fece. Erasi fatto l' apprezzo, quando volea comprare il Conte di Policastro. Quando poi volle comprare il Duca di Cotrofiano, ebbesi sotto gli occhi, e nelle minute espressamente si disse, che a' ducati 64034. 38, quanto era stato il feudo di Crispano dal Vecchione apprezzato, si aggiungessero altri 2465. 62. Credevano i contraenti, che su gli antichi atti, e seguentemente sull'

an-

antico apprezzo di coteſta conſiderabil ſomma accreſciuto, poteſſe la G. Corte interporre il decreto di *expedit*; ma dopo il dì dell'iſtrumento ſi oppoſe loro il Curatore a ſegno, che, datoſi nuovo termine, ſi ordinò nuovo apprezzo, che dal medeſimo Vecchione ſi fece nel meſe di Marzo dell'anno ſeguente. Che aveſſero i contraenti creduto poterſi interporre il decreto su gli atti antichi, ſi prova per una *viziatura*, che oſſervaſi nelle *depoſizioni*, che prima della oppoſizion del Curatore fecero in virtù del termine ſommario dato nell'anno 1755 i due, quanto dotti, altrettanto oneſti Avvocati, D. Niccolò Veſpoli, ora Conſigliere del S. Conſiglio, e D. Giuſeppe Criſconio, ora Giudice della G. Corte. In eſſe leggeſi oggi a carte LXXXVIII, *Mag. U. J. D. D. Joſeph Criſconio:* ed a carte XCI, *Mag. U. J. D. D. Nicolaus Veſpoli teſtis &c. examinatus ſuper decreto petito per Ill. Pr. Palatioli in ejus comparitione*; ſecondochè ciaſcuno, che abbia occhi in fronte, ſi accorge, che dove oggi è ſcritto *comparitione*, era prima ſcritto *comparitionibus*; e quando ſi aveva ad interporre il decreto ſugli atti antichi, era da dir così, perchè ſi era ritenuta la prima iſtanza fatta dal Pr. di Palazzuolo per la vendita conchiuſa col Conte di Policaſtro, ed alla prima eraſi aggiunta la ſeconda per la vendita conchiuſa col Duca di Cotrofiano. Ma poichè per la oppoſizion fatta dal Curatore, ſi ebbe a fabbricare un nuovo proceſſo, la prima iſtanza ſi tolſe, e reſtò ne' nuovi atti la ſola ſeconda; ed eſſendoſi ritenute le ſuddette due *depoſizioni* già prima fatte, quando le iſtanze eran due, quel *comparitionibus*, ſi mutò in *comparitione*. Ed ecco come dall' eſſerſi quel proceſſo cominciato in un modo, e per la oppoſizion del Curatore diſfatto, e rifabbricato in un altro, ſono poi nate quelle innocenti *viziature*, che in alcuni luoghi di eſſo oggi ſi oſſervano, e che con troppa franchezza s' imputano altrui in de-

delitto: e buon pel Pr. Pignatelli, che ci ha documento negli atti, non eſser mai ſtato quel proceſso in mano del di lui procuratore. Quel, che non ſi aſſeriſce con verità nell'iſtrumento dell'anno 1763., è quel, che vi ſi legge del decreto di *expedit* interpoſto, e confermato a due ruote. E' più che vero, che nel dì dell'iſtrumento non eraſi ancora interpoſto, nè s' interpoſe mai più; ma tutto altro è da ſupporre nel Duca, fuor che l'ignoranza delle proprie coſe. Forſe nel diſtenderſi le minute della vendita, e l'aſſertiva dell'iſtrumento, ſi diè per fatto quel, che non ancora era fatto, per una innocente credulità, cioè, credendoſi, che indubitatamente ſi doveſſe fare, e tra pochi dì. Chi avrebbe potuto mai credere, che in viſta di un apprezzo accreſciuto a comodo de' futuri chiamati della ſomma di duc. 2465·62., ed in viſta delle *depoſizioni* di que' due, per dottrina, e per oneſtà, riguardevoliſſimi Avvocati, aveſſe fatta il Curatore l'oppoſizione, che fece? E chi avrebbe potuto prevedere, che la G. Corte, per una ſtragiudizial notizia avuta, di non so qual diritto della Ducheſsa di Noja, aveſſe voluto ſentirla? Se queſta notizia non ſi foſse avuta; e ſe quella oppoſizione non ſi foſse fatta, ſarebbeſi il decreto di *expedit* interpoſto, e confermato tra pochi dì dalla G. Corte, e dal S. Conſiglio. Così ſi credea, quando ſi diſteſero le minute: così, quando ſi ſtipulò l'iſtrumento.

Ma ſi moſtri, che nel dì 3 del meſe di Decembre ſapea di certo il Duca di Cotroſiano, che 'l decreto di *expedit* non eraſi ancora interpoſto: e che, contuttociò, dovea nelle minute darſi per interpoſto dalla G. Corte, e per confermato dal S. Conſiglio. Nel dì 18 dello ſteſſo meſe; vale a dire 15 dì dopo l'iſtrumento, feceſi un albarano ſottoſcritto dal Duca di Cotroſiano, e dal Pr. di Palazzuolo, nel quale ſi dice, che per *lo dubbio della eſiſtenza, o ineſiſtenza del fedecommeſſo, ſi era penſato*

ſato dal Pr. di Palazzuolo di far precedere il decreto di expedit, e ſe n' era promoſſo, ſin dal tempo addietro, il giudizio, che ſi trovava *già compilato;* ma che, per la interpoſizione di quel decreto, *doveva aſpettarſi, che foſſero terminate le imminenti feſte natalizie, onde non poteva allora eſeguirſi la vendita del feudo di Criſpano con ſtipularſene l' iſtrumento a tenore delle minute da ambedue ſottoſcritte, eſaminate, e maturamente conſiderate:* e detto ciò, da lor ſi promette *di eſeguire, e far eſeguire, ſubito che foſſe interpoſto, e confermato il ſuddetto decreto, la vendita, e compra reſpettivamente della Terra di Criſpano.* Se nel dì 18 diceva il Duca, che 'l decreto di *expedit* non eraſi ancora interpoſto, come potea credere nel dì 3, che ſi foſſe interpoſto, e confermato? Per credere, che aveſſe così creduto nel dì 3, ſarebbe da ſupporre, che dopo il dì 3, foſſe uſcito di errore. Ma oſta quel, ch' e' dice nell' albarano, che avea *ſottoſcritte, eſaminate, e maturamente conſiderate le minute.* In queſte, che ſi eran diſteſe prima del dì 3 del meſe di Decembre, davaſi per interpoſto, e confermato il decreto di *expedit:* nè quando il Duca le ſottoſcriſſe, potea credere, che coteſto decreto ſi foſſe interpoſto. Si aveano eſſe dopo la ſoſcrizione a preſentare nella G. Corte, ed in viſta di eſſe ſi aveva ad interporre il decreto di *expedit.* Dunque nel dì 3 del meſe di Decembre, e prima ancora, ben ſapeva il Duca, che quel decreto non ſi era interpoſto; ſeguentemente quando aſſerì, ch' era ſtato interpoſto, e confermato, non l' aſſerì per falſa cauſa, e per errore. L' aſſerì nelle minute, fattoſi da' ſuoi Savj iſtruire di quel, che ſi pratica nella G. Corte. Nella G. Corte così porta il coſtume, che nelle minute, le quali ſi preſentano per la interpoſizione del decreto di *expedit*, queſto ſi dia per interpoſto, e confermato a due ruote, primachè s' interponga: ed in pruo-

va di ciò, li faranno a ciaſcuno de' Sig. Giudicanti oſſervare otto proceſſi fabbricati nella G. Corte in banca del Maſtrodatti Criſpo per decreti di *expedit*, ed altrettante minute in eſſi inſerite, nelle quali ſi danno coteſti decreti per interpoſti, e confermati a due ruote, primachè s' interpongano, laſciandoviſi gli ſpazj da porvi le date, come ſi veggono ancora laſciati nelle minute formate, e preſentate per la compera di Criſpano. Perchè poi non foſſero difformi tra se le minute, e l'aſſertiva dell' iſtrumento, anche in queſta lo ſteſſo aſſerì. Diceſi in fatti nella ſuddetta aſſertiva, che fu diſteſa a tenore delle *minute formate per tal' effetto, e preſentate preſſo gli atti della G. Corte.* Forſe ancora, e ſenza forſe, eſſendoſi ordinato al notajo, che aveſſe diſteſo l'iſtrumento: ed eſſendogliſi date, come ſuol farſi, le ſcritture da diſtenderlo, nulla ſapendo egli di quel, che ſi faceſſe nella G. Corte, aſſerì nell' iſtrumento quel, che leggeaſi nelle minute; e poi nell' atto della ſtipulazione non recitò, preſenti le parti, com' era ſcritta, quell' aſſertiva. Ciaſcun sa, che le aſſertive degl' iſtrumenti, per lo più, non ſi recitano, come ſi diſtendono in carta, ma ſi riepilogano da' notai. Comunque ſia andata la coſa, è più che certo, che nel dì 3 del meſe di Decembre, ben ſapeva il Duca, che non eraſi ancora interpoſto il decreto di *expedit*, e che perciò non per falſa cauſa, e per errore ſtipulò l' iſtrumento.

Ma ſe non per falſa cauſa, e per errore, certamente lo ſtipulò per la ſicurezza, che avea, di ottenere il decreto di *expedit*, e di acquiſtare il feudo di Criſpano. L'acquiſto del feudo di Criſpano fu la cauſa finale dell' iſtrumento. La cauſa finale è quella, ſenza di cui l'atto non ſi ſarebbe fatto, e non avrebbe il Duca ſtipulato l' iſtrumento, ſe non foſſe ſtato più che ſicuro di quell' acquiſto. Non è poi chi non ſappia, che ceſſando

la

la cauſa finale, ceſſa ancora la diſpoſizione?

Riſpondo, che 'l Duca non potea mai eſſer ſicuro di quel decreto, e di quell'acquiſto. Sono ſempre incerte le riuſcite de' giudizj: e poteva il Pr. di Palazzuolo mutar penſiere. Ma mutò poi penſiero eſſo Duca. Non negò la G. Corte il decreto di *expedir*. Si riſerbò la provvidenza, inteſa la Ducheſſa di Noja, delle cui ragioni ſul feudo di Criſpano nulla ſi sa. Dopochè ſi era ſtipulato l'iſtrumento col P. Pignatelli; e dopochè ſi era a coſtui acquiſtato diritto, e per cauſa oneroſa (giacchè per appreſtare nel corto giro di pochi giorni la ſomma conſiderabiliſſima di duc. 68000, avea dovuto prender danaro ad intereſſe, e vendere tre ſue ſpecioſe partite di arrendamenti, e fiſcali) doveva il Duca chiamare in giudizio la Ducheſſa di Noja, e farne eſaminar le ragioni.

Ma, datochè ſi foſſe dal Duca ſtipulato l'iſtrumento per la ſicurezza, che avea di quell'acquiſto; e dato ancora, che ſi foſſe ſtipulato per falſa cauſa, e per errore, ne ſarebbe ſtato quell' acquiſto la cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, la qual può ceſſare, ſenzachè ceſſi la diſpoſizione, non già la cauſa *finale*, tuttochè ſi voglia menar buono al Contraddittore quel, ch'e' dice, che ſe 'l Duca non aveſſe avuta ſicurezza della compera di Criſpano; anzi, ſe non l'aveſſe avuta per fatta, non avrebbe ſtipulato l' iſtrumento. La definizione, ch' e' dà della 89
cauſa *finale*, dicendo: *La cauſa finale è quella, ſenza di cui l' atto non ſi ſarebbe fatto*, non è intera: e ſe tal foſſe, non ci ſarebbe differenza tra la cauſa *finale*, e la cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*: la qual coſa è ſconciſſima a dire. Tutti gli atti umani ſi fanno, date certe occaſioni: e ſenza di eſſe non ſi farebbero. Dunque tutte le cauſe *occaſionali* ed *impulſive* ſarebbero cauſe *finali*. Conobbe il difetto di coteſta definizione della cauſa fi-

nale

nale il dottiſſimo Covarruvia, e ſcriſse così (*a*): *Ex quibus ita intellectis deducitur, non eſſe neceſſariam, ſolidamque collectionem, Hoc non contingente, actus hic non fieret; igitur hoc, quod modo contingit, eſt cauſa finalis aut principalis hujus actus: ſic nec iſta, Hoc remoto, ipſe non agerem iſtum actum; ergo hoc eſt cauſa finalis actus.* E queſto appunto è l' argomento, che fa 'l Contraddittore. Il Duca di Cotrofiano, ſicuro della compera di Criſpano; anzi, avendola per già fatta, fece l' iſtrumento dell' anno 1763: dunque la cauſa finale del detto iſtrumento, fu la compera di Criſpano: e ſe 'l Duca non ne foſse ſtato ſicuro, e non l' aveſse avuta per già fatta, non avrebbe fatto quell' iſtrumento: dunque la d. compera ne fu la cauſa finale. Ma queſto appunto è l' argomentare, che 'l Covarruvia riprende: e 'l riprende, perchè quel, che della cauſa *finale* ſi dice, potrebbe ugualmente dirſi della cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, argomentandoſi così. Data l' occaſione della compera di Criſpano, feceſi l'iſtrumento dell'anno 1763; e ſe quella occaſione non ci foſſe ſtata, non ſi ſarebbe fatto. E chi non vede, che ſi confonderebbero così due cauſe diverſe e ſeparate l' una dall' altra?

Importa dunque, che ſi diano le vere definizioni di eſſe due cauſe, per le quali ſi conoſca, che ci ſia di comune a tutt' e due, che di proprio di ciaſcuna. Il
90 Covarruvia diffiniſce la cauſa *finale*, così: *Quae principaliter in agendo actu ab agente conſideratur: quae ipſum praecipue movet, & in quam agentis mens dirigitur:* e la
91 cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, così: *quae praeter finem ultimum movet agentem, quae cauſam dat actui, & ſine qua non fieret actus.* Notiſi, che nella definizione della cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, eſpreſſamente dice il Covar-

(a) *Variar. lib. 1. cap. 20. num. 2.*

varruvia, che ſenza di eſſa l'atto non ſi farebbe, *& ſine qua non fieret actus:* nella definizione della cauſa *finale*, nol dice eſpreſſamente; ma cel dà non oſcuramente ad intendere, dicendo, che *principalmente muove l' agente*, e *ſi conſidera principalmente nell' atto*. Se la cauſa *finale* è principale nell'atto, ne ſegue, che non farebbeſi l'atto ſenza di eſſa. Dunque, a giudizio del Covarruvia, l'una, e l'altra cauſa han queſto di comune, che ſenza di eſſe non farebbeſi l'atto. Ed ecco ſcoverto l' errore, ch' è nella definizione del Contraddittore. Dicendoſi: *La cauſa finale è quella, ſenza di cui l' atto non ſi farebbe fatto*, ſi dà come proprio alla cauſa *finale* quel, che ha queſta di comune colla *occaſionale* ed *impulſiva*. Il proprio della cauſa *finale*, è in quelle parole della prima definizione del Covarruvia, *praecipue movet = principaliter in agendo actu:* il proprio della *occaſionale* ed *impulſiva*, è in quelle della ſeconda, *praeter finem ultimum movet*. Le voci *praecipue*, e *principaliter*, dette della cauſa *finale*, e non dette della *occaſionale* ed *impulſiva*, ci dan la prima differenza tra l'una, e l'altra. Concorrono in qualunque atto tutte e due coteſte cauſe, ſenza le quali non ſi farebbe; ma l'una ci muove più, l'altra meno: principalmente ci muove la *finale:* men principalmente l'*occaſionale* ed *impulſiva*. Le parole *in agendo actu* nella definizione della cauſa *finale:* e le parole *praeter finem ultimum* nella definizione della *occaſionale* ed *impulſiva*, ci danno la ſeconda differenza. Per le parole *in agendo actu*, ci ſi fa conoſcere, che la cauſa *finale* è la cauſa proſſima all' atto; e, che principalmente movendo l'agente *in agendo*, cioè nel tempo, che l' atto ſi fa, divien parte dell' atto: per le parole *praeter finem ultimum*, ci ſi fa conoſcere, che la cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, è la cauſa rimota, cioè quella, che precede la cauſa *finale*, da lui chiamata, nel traſcritto luogo, *ultimo fine*, ed in un'

al-

altro, che ſi traſcriverà più giù, *cauſa ultima:* e quella, che ſebbene dia il primo impulſo all'atto, nondimeno è fuori dell'atto: tanto è lontano, che ſia, come la cauſa *finale*, parte ſuſtanziale dell'atto iſteſſo: ed appunto dall' eſſere principale, e ſuſtanziale dell' atto la cauſa *finale:* men principale, e fuori dell' atto la cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, è nata la maſſima legale, che ceſſando la prima, ceſſa la diſpoſizione: ceſſando la ſeconda, non ceſſa. Illuſtra il Covarruvia le definizioni dell'una, e dell'altra cauſa con un eſempio acconciamente tratto da un luogo
92 di Ulpiano. Dice Ulpiano (*a*), che'l Pretore, *feminas prohibet pro aliis poſtulare:* indi ſoggiunge: *Et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam ſexui congruentem, alienis cauſſis ſe immiſceant, & ne virilibus officiis fungantur mulieres. Origo vero introducta eſt a Calpburnia* (*b*) *improbiſſima femina, quae inverecunde poſtulans, & Magiſtratum inquietans, cauſam dedit Edicto.* Due cauſe del divieto fatto dal Pretore allega Ulpiano, la *finale*, e l'*occaſionale* ed *impulſiva*. La *finale* è la prima, *ne contra pudicitiam* ec.: l'*occaſionale* ed *impulſiva* è la ſeconda, *origo vero introducta eſt a Calpburnia* ec. L'audacia, e l' impudenza di Calfurnia, fu non altro, che l'occaſion dell' Editto, nol fine; poichè, ſe ne foſſe ſtata la cauſa *finale*, ſarebbeſi fatto il divieto a lei ſola, perchè ſolamente eſsa, tra tante altre donne Romane, ſe l' avea coll' audacia, e colla impudenza ſua meritato: al più ſarebbeſi fatto alle ſole femmine di pari audacia, ed impudenza; e ceſsando nelle altre oneſte e vereconde donne coteſta cau-

(a) *L.* 1. §. 5. *de poſtul.*

(b) *Nelle Pandette Fiorentine ſi legge* Carſania. *Ma è forſe da leggere* Caja Afrania, *come per l' autorità di Valerio Maſſimo vuol, che ſi legga Andrea Alciati*, Pareg. lib. 2. cap. 27.

cauſa *finale*, ceſserebbe ancora l' Editto del Pretore: e pure l' Editto non ceſsa, perchè, ceſsando l' audacia e l' impudenza, ceſserebbe la cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, non ceſserebbe il riſchio, che poteva, e può correr nel foro la pudicizia delle donne, vera cauſa *finale* dell' Editto. *Quid ergo*, così la Gloſa ſul traſcritto luogo di Ulpiano, *ſi aliqua bona femina inveniatur, poteritne poſtulare? Videtur quod ſic: quia cauſa ceſſante, ceſſat effectus. Sed dico contra: quia illud obtinet in cauſa finali: hic autem, ſcilicet, improbitas Calpburniae, fuit impulſiva: nam alia fuit finalis, ſc. ne contra pudicitiam &c.* Cauſa meramente *occaſionale* ed *impulſiva* fu l' audacia, e l' impudenza di Calfurnia: contuttociò, ſe tanto audace, ed impudente non foſse ſtata Calfurnia, non ſi ſarebbe fatto allora l' Editto, come non ſi era fatto prima di quel tempo. Così conferma il Covarruvia quel che dianzi avea detto del non poterſi dire, che cauſa *finale* ſia quella, ſenza di cui l' atto non ſi ſarebbe fatto: *Edictum illud, ne feminae poſtularent in judicio, non fuiſſet a Praetore promulgatum, nec ſancitum eo tempore, ſi Calpburnia apud eum tam impudenter non poſtulaſſet: & tamen ſcribit Juriſconſultus, Calpburniam illam nequaquam cauſſam finalem Praetori dediſſe, ſed eam fuiſſe primam, principalem, finalem, & ultimam Praetoris cauſſam, ut earum pudicitia, pudorque minime forenſibus acclamationibus laederentur.* Notiſi ora, come ben ſi diſtingua appreſso Ulpiano l' una cauſa dall' altra, e come confermiſi quel, che ſi è detto, che la cauſa *finale* principalmente ci muove, non così la *occaſionale* ed *impulſiva:* e che la cauſa *finale* è la proſſima all' atto; anzi è nell' atto iſteſso, come parte di eſſo ſuſtanziale, a differenza della *occaſionale* ed *impulſiva*, la quale è la rimota, ed è fuori dell' atto. La *finale*, da Ulpiano è chiamata *ratio:* la *occaſionale* ed *impulſiva* è detta *origo*, e *cauſa:* ne' quali ſignificati ſi oſſervano co-

ſtantemente uſate coteſte tre voci ne' Libri del jus Romano, e ce ne ha de' molti eſempj appreſſo il Briſsonio
93 (*a*). La ragion della Legge, è la mente della Legge. Così Giovanni Calvino (*b*): *Ratio Legis eſt idem, quod mens Legis:* e come la mente è nell' uomo; anzi è la parte principale dell' uomo, così la ragione è nella Legge, anzi è la parte principale di eſſa. L' *origine* è la prima introduzione, e la cauſa rimota della coſa, la quale, ſebbene ſia ſtata l'occaſion della coſa, nondimeno, dopo introdotta la coſa, è fuori di eſſa. L'audacia, e l' impudenza di una donna fu l' occaſion dell' Editto; ma non in pena di coteſta audacia, ed impudenza l' Editto ſi fece, altrimenti non comprenderebbe ancora le femmine oneſte e vereconde. L'audacia, e l' impudenza, che ha dato il primo impulſo al Pretore, fatto l' Editto, più all' Editto non ſi appartiene: la pudicizia conveniente al ſeſſo fu, e ſarà ſempre la parte ſuſtanziale, e la mente dell' Editto.

All'eſempio del Covarruvia, aggiungo io un altro, fingendo, che moſſo un ſoldato dalle voci ſparſe d' una vicina guerra, e dal timore di dovere inopinatamente partire, non avendo danaro, mi venda un ſuo fondo. Concorrono in queſta vendita la cauſa *occaſionale* ed *impulſiva*, e la cauſa *finale*. L' *occaſionale*, è 'l timor della guerra: la *finale*, è 'l volere acquiſtare il danaro, che manca. Tutte e due han queſto di comune, che ſenza di eſſe l' atto non ſi farebbe, perchè ſe non ci foſſe il timore d'una vicina guerra, non ſi venderebbe il fondo; nè ſi venderebbe, ſe non mancaſſe il danaro. Ma muove il ſoldato a vendere più la mancanza del danaro, che 'l timor della guerra; e per riſpetto dell'

atto

(a) *De verb. ſign. v.* cauſa, *v.* origo, *v.* ratio.
(b) *In Lex. jurid. v.* ratio Legis.

atto della vendita, la mancanza del danaro, è la causa prossima all'atto, perchè tra essa, e l'atto non ci è altro di mezzo: ed è parte sustanziale dell' atto, perchè in esso dal venditore principalmente si tratta di acquistare il danaro, che manca: al contrario il timor della guerra, è la causa remota, perchè tra 'l timor della guerra, e l' atto della vendita, ci è di mezzo un' altra causa, cioè, la mancanza del danaro, la quale più, che 'l timor della guerra, muove il soldato *in agendo actu*, cioè nell' atto della vendita, in cui dell'acquisto del danaro principalmente si tratta. Posto ciò, se dopo stipulato l' istrumento della vendita, e prima ancora della tradizion del fondo, cessi il timor della guerra, potrebbe il soldato distornar la vendita? No di certo: perchè ne fu 'l timor della guerra una causa meramente *occasionale* ed *impulsiva*.

Ma molto più, che pe' recati esempj, s'intenderà la 94
differenza tra l' una, e l'altra causa, per un altro luogo di Ulpiano. Parlando Ulpiano delle donazioni, che talvolta si fanno, perchè col danaro donato si faccia la tale, o la tal compera, scrive (*a*): *Generaliter hoc in donationibus definiendum est, multum interesse, caussa donandi fuit, an conditio: si caussa fuit, cessare repetitionem: si conditio, repetitioni locum fore*. Altro è la *causa di donare:* altro è la *condizione*. Questa è la causa *finale:* quella è la *occasionale* ed *impulsiva:* ed ecco come una stessa causa espressa in un modo è *occasionale* ed *impulsiva*; ed espressa in un altro modo, diventa *finale*. Se 'l soldato (e torno all'esempio da me proposto) vendendomi il fondo, spiega nella parte *assertiva* dell' istrumento il timore, che ha di dover partire per occasion della guerra: indi nella parte *dispositiva* mi vende puramente il fondo; il

(a) *L.* 3. *de donat.*

timor della guerra è causa *occasionale* ed *impulsiva*; e se fatta la vendita cotesta causa cessa, resta ferma la vendita. Al contrario, se 'l soldato mel vende sotto la condizione, se per occasion della guerra gli converrà di partire, di causa *impulsiva*, divien la guerra causa *finale:* perchè, come posta in condizione, di causa rimota, diventa prossima: e di cosa esterna, diventa parte sustanziale dell' atto, in cui non meno il compratore, che 'l venditore consente: e cessando il timor della guerra: e seguentemente non partendo il soldato, la vendita si ha per non fatta.

Si adattino ora tutte le suddette massime al nostro caso. Voleva il Duca di Cotrofiano far la compera del feudo di Crispano: e per poterla fare, dovea dentro il mese di Decembre appresta̓re 68000 ducati. Per fare l' acquisto di quel feudo, fece le *minute* col Principe di Palazzuolo: per aver pronti i ducati 68000, fece l' *istrumento* col Pr. Pignatelli. Or quali furono le cause *occasionali*, e *finali* di cotestе due scritture? La causa *occasionale* ed *impulsiva* delle *minute*, fu, per rispetto del Duca di Cotrofiano, l'avere il Pr. di Palazzuolo deliberato da più anni di vender quel feudo: e per rispetto del Pr. di Palazzuolo, l' aver deliberato il Duca di Cotrofiano di avere un feudo in vicinanza di questa Capitale. Questa disposizione degli animi dell' uno, e dell' altro, fu 'l primo, e rimoto impulso, per cui si fecero le *minute*, e senza di cui non si sarebbero fatte; ma perchè non diventò parte dell'atto, se dopo fatte le *minute* fosse cessata nell' uno, o nell' altro, non sarebbe cessata la vendita già tra essi conchiusa. La causa *finale* delle *minute*, fu per rispetto del Principe di Palazzuolo, l'acquisto del danaro, prezzo del feudo: per rispetto del Duca di Cotrofiano, fu l' acquisto di Crispano. Questo doppio fine fu 'l prossimo, ed ultimo impulso, per cui le

mi-

minute ſi fecero, e ſenza di cui non ſi ſarebbero fatte; e perchè divenìò parte ſuſtanziale, anzi il fondamento dell'atto, ſe dopo fatte le minute, o non ſi foſſe potuto dal Pr. di Palazzuolo dare il feudo, o foſſe ſtato evitto, il Duca, come ſe la vendita non ſi foſſe fatta, o non avrebbe pagato il prezzo, o l'avrebbe potuto ripetere: e ſe 'l Duca di Cotrofiano non aveſſe pagato il prezzo, avrebbe potuto il Pr. di Palazzuolo o non dargli il feudo, o farglielo torre di mano dal Magiſtrato, e farlo vendere ad altrui. Ed ecco, che la compera di Criſpano fu cauſa *finale* delle *minute* fatte col Pr. di Palazzuolo, non dell'iſtrumento fatto col Principe Pignatelli. Dì queſto fu cauſa meramente *occaſionale* ed *impulſiva* per riſpetto così di eſſo Duca, come del Pr. Pignatelli, e ne fu la cauſa *finale* per riſpetto del Duca di Cotrofiano il volere aver pronti dentro il meſe di Decembre duc. 68000.: per riſpetto del Pr. Pignatelli voler' eſteſa la condizione, ſotto cui eragliſi promeſſa la vendita di Campi, e Squinzano, da' contorni di Cotrofiano a' contorni di queſta Capitale, e da' feudi nominatamente eſpreſſi nel primo iſtrumento ad altri effetti feudali, o burgenſatici. Ed ecco come ben ſi adatta al caſo quel, che della cauſa *finale* dice il Covarruvia, che *principaliter in agendo actu ab agente conſideratur, & in quam agentis mens dirigitur*. Se quando ſi diſtendeano le *minute*, ſi foſſe domandato, che ſi conſideraſſe principalmente in quell'atto dal Pr. di Palazzuolo, che dal Duca di Cotrofiano, ed a che foſſe diretta la lor mente; quali ſtate ſarebbero le riſpoſte? Avrebbe certamente riſpoſto il primo, che intendea principalmente in quell'atto di acquiſtare 66500 ducati, prezzo del feudo di Criſpano: e 'l ſecondo, che intendea di acquiſtare principalmente quel feudo. E ſe nel dì 3 del meſe di Decembre ſi foſſe domandato, qual foſſe l'affare, per cui prin-

principalmente faceasi l' istrumento in quel dì, avrebbe potuto risspondere il Duca, che intendea principalmente in quell' atto di far la compera di Crispano? No di certo. Avrebbe rispoſto così, se si fosse domandato, che intendea principalmente nelle *minute* tra lui, e 'l Principe di Palazzuolo, perchè col Principe di Palazzuolo, non col Principe Pignatelli di quella compera si trattava. Dunque, domandandosi, cosa intendesse principalmente di fare nell' istrumento tra lui, e 'l Pr. Pignatelli, la risposta del Duca sarebbe stata questa, ch' essendogli si presentata l' occasione della compera di Crispano, volea, che si obbligasse il Principe Pignatelli a dargli nel mese di Decembre duc. 68000, non ostante che, secondo l' obbligo contratto nel primo istrumento, avrebbe dovuto pagargli dentro 6 mesi dal dì della richiesta. Non nego, che 'l Duca di Cotrofiano principalmente volea la compera di Crispano, e men principalmente i ducati 66500, perchè questi eran un mezzo, e quella era il fine; ma comechè ciò sia vero, riguardando uniti insieme i due contratti, che 'l Duca facea col Pr. di Palazzuolo, e col Pr. Pignatelli, nondimeno vero non è riguardandogli, come sono da riguardarsi, separati l' un dall' altro: ed ecco, che torna anche bene quel, che della causa *finale* soggiunge il Covarruvia, che *principaliter IN AGENDO ACTU ab agente consideratur*. All' atto del mese di Decembre è da por mente: ed in quell' atto non è da dubitare, che principalmente consideravasi l' acquisto de' duc. 66500, che si eran chiesti al Pr. Pignatelli, non la compera di Crispano, nella quale non avea costui, nè poteva aver parte.

A confermazione di tutto ciò, notinsi l' espressioni da' contraenti usate nell' istrumento dell' anno 1763. Nell' *assertiva*, che fa quivi il Duca, si legge: *Gli si è presentata l' OCCASIONE di attendere alla compra della*

Ter-

Terra di Crispano: ecco, che la compera di Crispano dallo stesso Duca si allega per una causa meramente *occasionale*) *che perciò* (formola è questa, per cui si passa dalla causa rimota, ch' è l' *occasionale*, alla prossima, ch' è la *finale*) *ha richiesto ad esso Eccellentissimo Signor Pr. D. Michele, che gli pagasse* (dentro quel corrente mese, come dicesi nella parte *dispositiva*) *non solo i suddetti ducati 32. m. residuo, saldo, complimento, e final pagamento dell' intiero prezzo de' feudi di Salice ec., ma ben anche gli pagasse duc. 36 m. a conto dell' infrascritto prezzo delle rimanenti Terre ..... cioè di Campi* ec. (ecco il principal negozio, e 'l fine, per cui fecesi l' istrumento) *offerendo d. Eccmo Sign. Duca ad esso Eccmo Sign. Pr. D. Michele* (ecco il compenso, che gli offre) *di confermare, ratificare, ed emologare la suddetta promessa, ed obbligo di vendergli le descritte rimanenti Terre, e di continuare l' affitto ... con espresso patto di doversi eseguire una tal vendita subito che diasi ad esso Eccmo Sign. Duca l' apertura di potere acquistare o taluno de' feudi del contorno di Corrosiano ... o pure di acquistare altrettanti effetti feudali, o burgensatici tanto nelle vicinanze di Corrosiano, che nel contorno di questa Città*. Ecco il principale, e 'l solo negozio, che si trattò nel dì 3 del mese di Decembre dell' anno 1763: ecco le cause prossime, per cui l' istrumento si fece. La compera di Crispano, per rispetto di esso, era causa remota. Se ci è chi ancora ne dubiti, esca di dubbio, leggendo quel che segue: *Qual progetto, e proposizione comunicata a detto Eccellentiss. Sign. Principe D. Michele, ed approvata, ricevuta, ed accettata dal medesimo; quindi per comune tautela, e futura quiete, si è formato il presente nuovo contratto*. Chi può, dire che 'l *progetto e la proposizione comunicata al Pr. D. Michele*, e da costui *approvata, ricevuta, ed accettata*, fosse la compera di Crispano? Non do-

dovea questa *comunicarsi* al Pr. Pignatelli ; molto meno dovea dal Pr. Pignatelli *accettarsi*. Il progetto, che dovea *comunicarsi* al Pr. Pignatelli, e dal Pr. Pignatelli *accettarsi*, era sol questo, ch' estendendosi dal Duca la condizione de' nuovi acquisti da' contorni di Cotrofiano a' contorni di questa Città, promettesse di appresstare dentro il mese di Decembre, del quale eran corsi tre giorni, la somma di duc. 68000. Dunque fu questo il solo fine, che si propose il Duca nell' istrumento dell' anno 1763. Sarebbe stata causa finale la compera di Crispano, se, non contento il Duca di parlarne incidentemente nell' *assertiva*, l'avesse nella *dispositiva* posta in condizione.

Chiuda questo § una riflessione, che basta sola a mostrare, che la causa *finale*, per cui fece il Duca l' istrumento dell'anno 1763., non fu la compera di Crispano. Chi fa un atto, per cui prende un qualche obbligo sopra di se, e'l fa per lo tale, o tal fine, quando non consegue il fine, che si propose, pentesi allora dell'atto, e volendo impugnarlo, non ha mezzo da impugnarlo più acconcio, e più agevole, che ricorrere alla massima volgarissima, che cessando la causa finale, cessa la disposizione. Questo è'l comun pensare degli uomini. Or il Duca di Cotrofiano depose la speranza dell' acquisto di Crispano dopo il decreto della G. Corte ordinante, che si sentisse la Ducheſſa di Noja: e fu cotesto decreto interposto nel mese di Aprile dell' anno 1764. Se la causa finale, per cui fece l' istrumento dell' anno 1763, fosse stato l' acquisto di Crispano, sarebbe cessata dal dì di quel decreto : e pure dal mese di Aprile dell' anno 1764. fino al dì della lite mossa, che fu 'l dì 2. del mese di Settembre dell' anno 1766., e' non si dolse mai di quell' istrumento. Dunque la causa finale non ne fu la compera di Crispano. E se mi si dice, che non se ne dolse per troppa onestà, rispondo, che 'l silenzio di due

due anni e mezzo, dee valere per ratiabizione, la qual fa buono l'atto nullo. Anche il minore, ſe venuto alla 95
età maggiore, ha per buoni o colle parole, o col ſilenzio gli atti nullamente fatti a di lui pregiudizio nella età minore, gli fa buoni egli ſteſſo (*a*). Ma nel dì 2. del meſe di Settembre, vincendo il Duca qualunque riſpetto umano, venne in giudizio, ed impugnò gl' iſtrumenti fatti col Pr. Pignatelli, e principalmente quello dell'anno 1763., che più gli nuoceva. E nel lungo corſo del giudizio, e nelle molte ſue iſtanze, diſſe mai, che l' acquiſto di Criſpano era ſtato la cauſa finale di quell' iſtrumento, e che queſta era ceſſata? Nol diſſe mai. Primamente nel paſſato anno 1768. il diſſe in Ruota il primo mio Contraddittore; e dovea dirlo nel cominciar della lite il Duca, cui era noto più, che ad altrui, quel che principalmente avea nell'animo *in agendo actu*, cioè nel far l'iſtrumento dell'anno 1763.

§. II.

Della preteſa nullità, od inefficacia del R. aſſenſo.

STipulato appena l'iſtrumento dell' anno 1763, porſe il Duca di Cotrofiano la ſeguente ſupplica al Re: *Il Duca di Cotrofiano Niccola Filomarino, che ha per legittima ſucceditrice ne' ſuoi feudi D. Marianna Filomarino ſua figlia, eſpone umilmente a V. M., come in eſecuzione di antecedente contratto, e per dare un maggiore ſiſtema ed ordine agl' intereſſi di ſua Caſa, ha promeſſo, e ſi è obbligato di vendere al Principe D. Michele Pignatelli le Terre di Campi, e Squinzano coi feudi di Afra, e Bagnara, ſiti in Provincia di Lecce per lo prezzo di ducati*

(a) *V. tit. Cod. Si major fact. rat. hab., & ibi Perez.*

156000 *coi patti, e dichiarazioni nella forma, e maniera, e per cauſe e motivi eſpreſſe, e contenute nell' anneſſo iſtrumento, di cui ne umilia, e traſcrive alla M. V. l' intiero tenore, qual è come ſiegue:* e quì traſcriſſe l' intero iſtrumento: indi ſoggiunſe: *Supplica perciò la M. V. compiacerſi di accordarli il ſuo Real permeſſo, e di convalidare con ſuo Reale aſſenſo l' enunciata promeſſa, ed obbligo, e l' intiero tenore del traſcritto iſtrumento con tutte le ſue clauſole, dichiarazioni, e patti, precarj, e coſtituti. Tanto ſpera, ed implora dalla ſomma clemenza della M. V., da cui lo riceverà a grazia* ec. Nel dì 7. dello ſteſſo meſe di Decembre, dalla Real Segreteria di giuſtizia, venne fuori il ſeguente Diſpaccio diretto alla Real Camera di S. Chiara: *Paſſo alle Signorie Voſtre Illuſtriſs. d' ordine del Re l' anneſſa ſupplica del Duca di Cotrofiano D. Nicola Filomarino, in cui domanda il Real aſſenſo ſul compiegato iſtrumento di vendita di certi feudi, che intende fare al Principe D. Michele Pignatelli, acciocchè, inteſo chi convenga, informino col parer loro.* Rimiſe la Real Camera all' Avvocato del Real patrimonio la ſupplica del Duca, e fece colui nel dì 28. del meſe di Gennajo dell' anno 1764. la ſeguente iſtanza: *Fiſcus, quoad promiſſionem venditionis feudorum Campi, & Squinzani cum feudis Afrae, & Bagnarae, remittit ſe, dummodo tamen pro ducatis 36000. ſolvendis Illuſtri Duci Cutrofiani ex cauſa emtionis per eum faciendae feudi Criſpani, nulla inducatur hypotheca tam ſuper dicto feudo Criſpani, quam ſuper feudalibus Status Squinzani: ſed hypotheca praedicta intelligatur durante tantum linea Illuſtris Ducis Cutrofiani D. Nicolai Filomarino: nec non ſequuta effectiva venditione ſupradictorum feudorum, inſtat in contractu, & aſſenſu impetrando, apponi clauſulam, Sublatis titulis Principis, & Marchionis.* In viſta di coteſta iſtanza umiliò ſuo parere al Re la Real Camera nel dì 20. del meſe di Febbra-

brajo: e dalla ſuddetta Real Segreteria venne fuori nel dì 3. del meſe di Marzo queſt'altro Diſpaccio: *Eſſendoſi uniformato il Re al parere della Camera di S. Chiara raſſegnato colla Conſulta de' 20. del proſſimo paſſato meſe ſulla ſpedizione del Real aſſenſo domandato dal Duca di Cotrofiano per poter perfezionare col Principe D. Michele Pignatelli la vendita delle Terre di Campi, e Squinzano co' feudi di Afra, e Bagnara; mi comanda di dire alle Signorie Voſtre Illuſtriſs., che ſpediſcano il domandato aſſenſo in conformità dell' enunciato parere della Camera.* In eſecuzione di coreſto ſecondo Diſpaccio, diè la Real Camera, a nome del Re, l'aſſenſo, colle ſeguenti parole: *Die 28. menſis Martii 1764. Neapoli = Regalis Camera S. Clarae, viſis Regalibus reſcriptis dierum 7. Decembris 1763., & 3. currentis menſis, & anni, providet, decernit, atque mandat, quod fiat in forma, juxta inſtantiam Regii Fiſci, & ſervata forma Regalium ordinum. Hoc ſuum = Nos vero ſubditorum noſtrorum acta compendia gratis affectibus proſequentes, pro conſideratione quoque ſincerae devotionis, & fidei partium praedictarum, quae merito in his, & longe majoribus exauditionis gratiam rationabiliter promeretur, tenore praeſentium ex certa noſtra ſcientia deliberate, & conſulto, ac ex gratia noſtra ſpeciali omnibus ſupradictis, & ſignanter ſupradictae venditioni per Ill. Ducem Cutrofiani D. Nicolaum Filomarinum factae dictarum terrarum Campi, & Squinzani cum feudis Afrae, & Bagnarae ſitis, & poſitis in Provincia Lycii pro introſcripto pretio ducatorum centum quinquagintaſex mille in beneficium Ill. Principis D. Michaelis Pignatelli cum pactis, & declarationibus expreſſis, & contentis in ſupradicto inſerto inſtrumento, quorum tenores praeſentibus pro inſertis, & ſpecifice declaratis haberi volumus, quoad expreſſa tantum, quatenus tamen rite rectèque proceſſerint, parteſque tanguntur, veris quidem exiſtentibus praenarratis &c. no-*

ſtrum Regalem praeſtamus aſſenſum &c. volentes, quod praeſens privilegium, infra biennium, a die datae praeinſerti memorialis, regiſtretur in quinternionibus R. Camerae Summariae &c., alias aſſenſus pro non praeſtito habeatur.

Proponganſi ora, e ſi ſciolgano gli argomenti della preteſa nullità, od inefficacia dell' aſſenſo. Il primo è queſto. Ne' contratti tiene il luogo di principale la vo-
96 lontà de' contraenti: l' aſſenſo è una eſtrinſeca ſolennità, che toglie ſolamente l' oſtacolo della Legge; onde chi
97 compra dal feudatario un feudo coll' aſſenſo del Principe, dal feudatario, non dal Principe ha cauſa (*a*). Ma nullo fu l' iſtrumento dell' anno 1763, come fatto per falſa cauſa, cioè per la falſa aſſertiva del decreto di *expedit:* dunque fu nullo ancora l' aſſenſo; tanto più, che nel privilegio eſpreſſamente il Re dichiarò, che aſſentiva, *veris exiſtentibus praenarratis.*

Riſpondo, ch' eſſendoſi dimoſtrato, non eſſere ſtato nullo l' iſtrumento dell' anno 1763, perchè quella non vera, ma ſolita aſſertiva, non induſſe errore nella mente del Duca: ed oltracciò, non ne fu cauſa finale la compera di Criſpano; neceſſariamente ne ſegue, che non fu
98 nullo l' aſſenſo. Nè, ſe ſi voglia quella non vera aſſertiva conſiderare per riſpetto della volontà del Principe, può la clauſola, *veris exiſtentibus praenarratis*, fare, che ſi vizj il reſcritto per qualunque non vera aſſertiva. Si vizia il reſcritto del Principe ſolamente per quelle non vere aſſertive, che, ſe foſſero ſtate vere, avrebbon fatto, che 'l Principe, o non avrebbe dato l' aſſenſo, o più difficilmente l' avrebbe dato: e non è queſta una dottrina, che nella ſola autorità de' Dottori ſi appoggia (*b*):

è dot-

(a) *De Ponte de pot. Proreg. tit.* 8. §. 8. *a num.* 7.
(b) *V. Covarruv. in cit. cap.* 20. *Var. n.* 2. *in fin.*

è dottrina chiaramente espressa ne' libri della Legge (*a*).
Or, poichè *probabiles conjecturae attenduntur ad sciendum*, 99
an Princeps concessisset gratiam, come, dopo il Felino, scrisse il de Ponte (*b*); chi è, cui possa riuscir verisimile in alcun modo, che se non fosse esposto al Re, che 'l decreto di *expedir* non erasi ancora interposto, avrebbe il Re negato, o più difficilmente conceduto l' assenso? Che importava al Re, che si fosse, o non si fosse interposto quel decreto? I motivi, per cui si nega; o più 100
difficilmente si concede l' assenso, nascono non altronde, che dall' interesse del Re, cui deve importare, che 'l feudo non si alieni da colui, che non ha legittimo successore, e non si trasferisca in persona poco fedele, o in mani morte. Da questi, ed altri simiglianti casi in 101
fuori; il Principe *non habet*, dice il de Ponte (*c*), *causam denegandi assensum*: e comechè, negandolo, non faccia ingiuria: e, concedendolo, faccia sempre grazia; nondimeno, perchè, come dice lo stesso de Ponte (*d*), è cosa convenevole, ed onesta, che 'l conceda; di un Principe giusto, qual'è 'l nostro amabilissimo Sovrano, è da presumer sempre, che non l'avrebbe negato.

Il secondo argomento, è questo. Dovea registrarsi l' assenso dentro il biennio, *a die datae memorialis*, altrimenti si avea per non dato, secondochè nel privilegio si dice. Ma l'assenso fu registrato nel mese di Marzo dell'anno *1766*: e posto ancora, che la data del memoriale del Duca fosse stata del dì 7 del mese di Decembre dell' anno *1762*, qual fu la data del Real Dispaccio, onde fu quello alla Real Camera rimesso, sareb-

(a) *Cap. super litteris 20. de rescrip.*
(b) *Consil. 2. n. 25. vol. 1.*
(c) *In cit. Consil. 2. num. 12.*
(d) *De pot. Proteg. tit. 7. §. 3. num. 20.*

rebbesi regiſtrato più meſi dopo il biennio.

Riſpondo: che, perchè i memoriali non han data, le parole *a die datae memorialis*, non poſſono riferirſi a quella data, che non ci è. Data del memoriale, dicesi la data della decretazione, *fiat in forma*, che dalla Real Camera ſi ſcrive ſotto il memoriale; e perciò data del memoriale vien detta. Or la data della decretazione, è queſta: *Die* 28 *menſis Martii* 1764: e la regiſtrazione ſeguì ne' primi giorni del meſe di Marzo dell'anno 1766.

102 Si aggiunge, che, trattandoſi di aſſenſo ſulla promeſſa di vendere, il cui effetto eſſer dovea la ſemplice ipoteca, non già la traslazione del dominio utile, neceſſario non era, che ſi regiſtraſſe, tuttochè ſi foſſe nel privilegio inſerita la formola, *Volentes, quod praeſens privilegium* ec.: la quale, ſempre che non è tale il contratto, che ſi muti per eſſo il feudatario, ſi ha come inſerita per ſemplice ſtile di Cancelleria: e 'l deciſe a modo di Legge il Collaterale ne' tempi del Rovito (*a*).

Il terzo argomento, è queſto. Quandochè poſſa l' aſſenſo valere, potrà valere per la promeſſa della vendita, non per l' affitto interino col patto della rinnova-

103 zione da ſeſſennio in ſeſſennio. Diceſi nel privilegio, che l' aſſenſo ſi dava, *quoad expreſſa tantum:* le quali parole fanno, che vaglia l' aſſenſo per quelle ſole coſe, che ſi ſono nominatamente eſpreſſe, non per quelle, che *tacite comprehenduntur*, ſecondochè, per teſtimonianza del Toro (*b*), deciſe il S. Conſiglio ne' tempi del Minadoi: e come nella ſupplica del Duca, e ne' due Reali Diſpacci del dì 7 del meſe di Decembre, e del dì 3 del meſe di Marzo, così nel privilegio dell'aſſenſo, della ſola promeſſa di vendere eſpreſſamente ſi parla. Dell' affitto ſi par-

(a) *Deciſ.* 84.
(b) *Comp. deciſ. tom.* 1. *v.* clauſula.

parla espressamente nell'istrumento; ma questo non s'inserì trascritto *de verbo ad verbum* nella supplica del Duca, ma si presentò *compiegato*, come dicesi nel Dispaccio del dì 7 del mese di Decembre; onde il tenore di esso vi si ha per *tacitamente compreso*, come in un caso simile al nostro fu già deciso dalla R. Camera, e dal Collaterale appresso il Revertera (*a*).

Rispondo, che leggierissima, anzi contraria al fatto, è la congettura tratta dalla voce *compiegato*, che leggesi in quel Dispaccio. Ne' Reali Dispacci, non tutte le parole han pari forza. Come nelle scritture de' privati prevalgono le parole della parte dispositiva alle parole dell'assertiva, così ne' Reali Dispacci rispettabilissime sono quelle, che contengono la Sovrana determinazione del Principe: di ugual peso quelle non sono, per cui si riepiloga la petizion della parte. Le prime sono parole del Principe: le seconde sono parole dell'uffiziale. Nel dì 7 del mese di Decembre, le parole del Re scritte, o dettate, nel Real nome, dal Segretario di Stato, sono, *informino col parere:* le parole, *in cui domanda il Reale assenso sul compiegato strumento*, sono dell'uffiziale, che riepiloga il memoriale del Duca: e queste non si scrivono sì pensatamente, come quelle. Ma si rilegga la supplica del Duca, e si troverà, che vi fu da principio inserito l'istrumento, non già *compiegato*. Dell'istrumento, si dice così: *di cui ne umilia, e trascrive a V.M. l'intiero tenore, qual'è come siegue:* e si dice così nel mezzo del memoriale, e prima di chiedersi l'assenso, il quale, dopo trascritto l'intero istrumento, si chiede colle parole, *Supplica perciò V.M. ec.* E come possono le parole, *di cui ne umilia, e trascrive:* e quelle altre, *qual'è come siegue;* come possono intendersi altrimenti, che sup- 104

po-

(a) *Decis.* 106.

ponendoſi inſerito l' iſtrumento? Che ſe pur foſſe ſtato *compiegato*, non inſerito, ciò nulla importerebbe. La differenza tra 'l caſo, che ſi metta l' iſtrumento ſotto gli occhi del Re, frappoſto tra due parti del memoriale, e ſcritto nella ſteſſa carta, e 'l caſo, che gli ſi metta ſotto gli occhi in un' altra carta ſeparata e diſtinta, è una differenza meramente accidentale, la qual non muta la ſuſtanza della coſa. Quel, che importa, ſi è, che abbia il Principe la piena notizia di tutto ciò, che ſi chiede: e l' ha di certo come nell' uno, così nell' altro caſo, perchè nell' uno, e nell' altro ſi preſenta al Re l' iſtrumento: il che non ſi fece nel caſo della op-
105 poſta deciſione del Revertera. Il caſo di quella deciſione fu, che avendo il Principe di Salerno conceduto a Lionetto Mazzacane la giuridizion criminale, e la bagliva di un Caſale, *eo expreſſo, quod dicta criminalis juriſdictio, & bajulatio ab ipſo Principe tenerentur, & quod ei adoba, & relevia ſolverentur;* Lionetto, a confermazione di coteſta conceſſione, chieſe l' aſſenſo dall' Imp. Carlo V, *nulla de praedictis qualitatibus in conceſſione adjectis mentione facta, ſed ſolum verbis generalibus relato conceſſionis inſtrumento:* ed ottenne l' aſsenſo, *habita relatione ad ſcripturas in ſupplicatione expreſſas illarum tenore pro expreſſo habito;* ma ſi appoſe all' aſsenſo una condizione direttamente contraria alla conceſſion fatta dal Principe a Lionetto, e fu queſta: *dummodo conceſſionarius teneret jurisdictionem illam immediate, & in capite a R. Curia cum ſolutione adobae, & relevii.* Poſto ciò, dice il Revertera, che l'aſſenſo, come *toto caelo difformis a contractu*, ſi ebbe per non impetrato: *non enim fuerunt narratae Regi reſervationes a concedente in conceſſione factae.* E pure il Preſidente Commeſſario, che, come ci fa ſapere il Reggente de Marinis, fu Paolo de Magnanis, ebbe per impetrato l'aſſenſo, perchè (così lo ſteſſo

de

de Marinis) rapportandoſi il ſupplicante all' iſtrumento della conceſſione, *cujus tenor in ſupplicatione porrecta dictum fuit, ut haberetur pro expreſſo, exiſtimavit relationem ad inſtrumentum expreſſionem eſſe eorum, quae in inſtrumento continebantur, ad textum in L. aſſe toto 77. de her. inſt.*: ed eſſendoſi contentato il Principe di aſſentire, non parea, che foſſe ſtato ingannato; anzi, al contrario parea, che ſi foſſe fatto, prima di dar l'aſſenſo, informare delle coſe contenute in quell' iſtrumento: tanto più, che ſi uſava a que' tempi coteſto modo di ſupplicare, e di aſſentire, ed era ſtato dal S. Conſiglio, e dal Collaterale più volte avuto per buono, fino a tanto che s'introduſſe finalmente l' uſo di apporre agli aſſenſi la clauſola, *quo ad expreſſa tantum*, come ſoggiunge il de Marinis. Quel dirſi dal Revertera, che nella ſupplica di Lionetto ſi riferì con parole generali l' iſtrumento della conceſſione: quel dirſi, che l'aſſenſo ſi ottenne, avendoſi relazione alle ſcritture nella ſupplica eſpreſſe, ed avendoſene per eſpreſſo il tenore: e quel dirſi, che non ſi erano eſpoſte al Re le riſerve fatte nella conceſſione, ci fanno chiaramente conoſcere, che l' iſtrumento, come non fu da Lionetto inſerito, così non fu nè men *compiegato*. Ma molto più chiaramente cel fa conoſcere la 106
difeſa, che del voto del Commeſſario fa 'l Reggente de Marinis, citando il teſto di Papiniano nella *L. aſſe toto 77. de her. inſtit.* dove, fingendoſi il caſo di un erede iſtituito nel teſtamento, così: *Quem heredem codicillis fecero, heres eſto*: dice Papiniano, che Tizio ſcritto erede ne' codicilli, ſi ha come ſcritto nel teſtamento. Ecco, che ſi ha relazione ad una ſcrittura non preſente; anzi ad una ſcrittura non fatta ancora: ed ecco, che 'l de Marinis non dubitò, che nel caſo della deciſione del Revertera l'iſtrumento non fu preſente; ed in conſeguenza nè inſerito, nè *compiegato*.

E non oſta, che come nel memoriale del Duca, così nel privilegio non ſi parla eſpreſſamente dell' affitto. Baſta, che ſe ne parli nell' iſtrumento, e che queſto ſia inſerito nel memoriale. Come inſerito nel memoriale, è una parte di eſſo: ſeguentemente può dirſi con verità, che nel memoriale del Duca parlaſi eſpreſſamente del d. affitto. E notiſi, che ſe ne parla nell' iſtrumento non incidentemente, e nell' aſſertiva; ma principalmente, e nella parte diſpoſitiva. E poichè, in viſta del d. iſtrumento, preſta il Re l'aſſenſo alla futura vendita, eſpreſſamente ſoggiungendo, *cum pactis, & declarationibus, forma, & tenore, & pro cauſſis, & rationibus expreſſis, & contentis in ſupradicto inſtrumento*; può dirſi ancora con verità, che non meno nel privilegio, che nel memoriale del d. affitto eſpreſſamente ſi parla. E' almeno (e di ciò non ſi può dubitare) chiaramente compreſo nel privilegio, e vi è compreſo non tacitamente, ma ſecondo il proprio ſignificato delle parole *cum pactis, & declarationibus, forma, & tenore* ec. E come non ci è
107 Dottore, che dove ſi tratta di aſſenſo, non eſcluda qualunque eſtenſione, anche per maggioranza di ragione, così non ci è ſtato, nè ci ſarà Dottore, ch' eſcluda la *mente comprenſiva*, o la *via della comprenſione*, come parlano i noſtri (*a*).

E dunque da ſperare, che ſi abbia a dichiarar valido l' iſtrumento del dì 3 del meſe di Decembre dell' anno 1763: e valido, e del tutto efficace l' aſſenſo.

Di Caſa nel dì 6 del meſe di Settembre dell' anno 1769.

Riſ-

(a) *Freccia de ſubfeud. lib. 2. q. 2. num. 8. De Ponte de por. Proreg. tit. 8. de reſtit. §. 6. num. 1.*

Riſpoſta alle due nuove Scritture date fuori per la Ducheſſina di Cotrofiano.

OPera di poche ore è queſta mia Scrittura, perchè le due nuove date fuori *per la Ducheſſina di Cotrofiano* ſonomi poco innanzi venute in mano, e debbo reſtituirle domattina per tempiſſimo; e troppo vicino è 'l giorno, in cui aſſi a decider la cauſa. Di coteſte due Scritture, io non so chi mai ſia l' autore: nè poſſo indurmi a credere, che ſia quel Valentuomo, che preſtò nella Ruota del S. Conſiglio, e preſta ora nelle private caſe de' Signori Giudicanti. l' opera ſua alla Ducheſſina di Cotrofiano. In eſſe con troppa licenza, ed a torto ſi offende la gente oneſta, e ſi mena la mazza tonda: in eſſe raccontanſi i fatti a capriccio; e faſſi in eſſe un abuſo intollerabile di più luoghi de' Libri della Legge, e di parecchie autorità di Dottori. Non è dunque poſſibile, che e' ne ſia l' autore: e ſe ci foſſe chi l'affermaſſe, ſcommetterei contra lui l'intero Stato di Squinzano, ſe foſſe mio. Or non poſso io riſpondere, come ſi converrebbe, a tutte le ſofiſterie di coteſto *Anonimo*. Le anguſtie del tempo mel vietano. Ne ſceglierò dunque alcune poche, in cui, più che nelle altre, l' *Anonimo* ſi compiace.

Nella prima Scrittura, impugna egli la ſeconda parte della ſentenza ordinante l' eſecuzione dell' iſtrumento dell'anno 1761: e, parlando delle diligenze, che aveva il Duca di Cotrofiano promeſſo di fare per la compera di uno, o più feudi poſti in vicinanza di Cotrofiano, prova, che 'l Duca le fece, per quel, che di eſſo Duca ſi dice nell' iſtrumento dell' anno 1763, *che avendo pre-*

ticate, e commesse le opportune diligenze per trattare, e conchiudere l' acquisto di taluno de' suddetti feudi, non gli era riuscito di poter conchiudere, ed ultimare la compra, quantunque ne avesse varj trattati non bene ancora digeriti fino a questo punto.

Rispondo, che nella sola scuola di Pittagora, con un *ipse dixit*, si ponea fine alle dispute; ma non è da pretender lo stesso ne' Tribunali. Le trascritte parole sono del Duca: e si vuol notare, che come la precedente assertiva dell' istrumento fassi a nome del Duca di Cotrofiano, e del Pr. Pignatelli, così quella, in cui esse si leggono, fassi a nome del solo Duca. Così disse il Duca di Cotrofiano; ma nol provò poi nel termine nè molto, nè poco.

A carte XXIV, e' dice, che in virtù dell' istrumento dell' anno 1761, se 'l Duca di Cotrofiano, fatte le diligenze, *si fosse trovato intrigato in nuova compra, ed obbligato a sborsare il prezzo*, non pagando il Pr. Pignatelli dentro sei mesi due terze parti del prezzo, *non ne sarebbe nato altro, che rimanere sciolto il contratto:* dunque (ecco la bella conseguenza, ch' e' ne trae) *lo stesso si dovrebbe praticare, se avesse mancato dalle sue diligenze Cotrofiano, affinchè non si giudichi ad imparia.*

Rilegga l' *Anonimo* le parole dell' istrumento, e troverà, che non istà così la cosa. Non pagando Pignatelli, non si dice, com' e' scrive, che *resta sciolto il contratto;* ma che *resta immediatamente detto Ecc. Sign. Duca sciolto dall' obbligo fatto per la vendita*. Ecco, che 'l patto riguarda il solo favore del Duca, che, non pagando il Pr. Pignatelli, se non vuol egli vendere Campi, e Squinzano, non può esservi astretto; ma non resta il Principe sciolto dall' obbligo di comprare; casochè 'l Duca voglia vendere: e se 'l Duca *trovasi intrigato in nuova compra, ed obbligato a sborsarne il prezzo*, e manca del-

della promeſſa il Pr. Pignatelli, chi è, che in virtù del ſuddetto iſtrumento poſſa negare al Duca l'azione *in id, quod intereſt?* Ma ſi liberi la Ducheſſina di coteſto vano timore, che le ha fatto l' *Anonimo* entrar nell' animo. Il Pr. Pignatelli in una nuova iſtanza ſi obbliga alla compera di Campi, e Squinzano, ed in ogni caſo a tutti i danni, e all' intereſſe.

A carte XXVII. allegando i ſedecommeſſi, a cui crede ſoggetti i feudi del contorno di Cotrofiano, dice, che, poſta la inalienabilità di eſſi, ſarebbero ſtate inutili le diligenze per farne l' acquiſto: e, producendo le autorità del Valenzuela, dell' Altogrado, e del Cardinal de Luca, mi fa ſapere, che per Legge, dove la diligen- 108
za non giova, la negligenza non nuoce.

Quanto vera, altrettanto volgare è la legal maſſima dall' *Anonimo* allegata: e non era uopo, che, a farmela aver per vera, e' chiamaſſe dall' altro mondo que' tre Valentuomini. Fatto ſta, che non tutti i feudi mentovati a nome nell' iſtrumento dell' anno 1761, ſoggiacciono a ſedecommeſſo, nè baſtano i ſedecommeſſi a rendere inutili le diligenze. Rimettomi per riſpetto di queſto punto alla ſopraccitata nuova iſtanza.

A carte XXVIII, dice, che 'l Pr. Pignatelli dee prima uſcir dell' affitto, e potrà poi pretendere, che ſi adempia la promeſſa fattagli della vendita di Campi, e Squinzano: e ne reca la ragione, dicendo, che dee per 109
Legge il *conduttore prima reſtituire la roba affittata, e poi tentare i mezzi, che crede avere per l' eſperimento dell' acquiſto del dominio della roba:* ed allega le autorità del Graziano, del Riccio, e degli Addenti alle Deciſioni del Sanfelice, quandochè baſtava citare il notiſſimo teſto nella *L. ſi quis* 25. *C. de locat.*

Ma nè 'l teſto, nè le autorità de' Dottori fanno al propoſito. Parla il teſto, e parlano i Dottori, di quel con-

conduttore, che, finito il tempo della conduzione, vuol ritenere il poſſeſſo, pretendendo ſuo eſſere il fondo da-
110 togli a fitto. Quel ritenere il poſſeſſo dopo finito l'affitto, ſi ha per violenza, e come violenza ſi puniſce dall' Imp. Zenone (*a*). Nel caſo noſtro l' affitto de' feudi di Campi, e Squinzano, non è finito; e, per l'eſpreſſo patto appoſto all' iſtrumento, dee durare fino al dì della vendita di eſſi: nè 'l Pr. Pignatelli muove queſtion di dominio, perchè non dice eſser ſuoi, non del locatore: dice, che ſono del locatore, ma che coſtui gliene dee far vendita per promeſſa fatta in un pubblico giurato iſtrumento. Mancano dunque le circoſtanze, nelle quali ha luogo la diſpoſizion della Legge.

A carte xxxiv, dice, ch' eſſendo i feudi di Campi, e Squinzano paſſati, *come ſaetta*, alla Ducheſſina di Cotrofiano, è neceſſario, per la validità dell' atto fatto dal padre, il di lei conſenſo: e cita il Gizzarelli, il de Ponte, e 'l Marciano.

Poveri Autori! Come ſi traggono, dove non voglion venire! Parlano eſſi di feudi alienati ſenza il R. aſſenſo dal defunto feudatario, non di ſemplici promeſſe di alienare. Le alienazioni già fatte ſenza il R. aſſenſo, poſſono rivocarſi dal ſucceſſore, nè ſenza il coſtui conſenſo ſi poſſono ſoſtenere. Ma 'l Duca di Cotrofiano ha promeſſo di alienare que' feudi coll' eſpreſſa riſerva della futura interpoſizione del R. aſſenſo, non gli ha ſenza l' aſſenſo alienati: e ſe ſono eſſi alla Ducheſſina paſſati *come ſaetta*, vi ſono paſſati colla qualità ereditaria, la qual fa, che quell' azion perſonale, che aveva il Principe Pignatelli acquiſtata contr' al Duca, quella ſteſsa ſia paſsata ancor, *come ſaetta*, contra lei. Di ciò parlerò nuovamente più giù.

A car-

(a) *L. Conductores 34. C. de locat. V. Perez. in d. tit. C. num. 18., & 19.*

A carte XL, dice, che non ſolo la vera alienazione, ma la promeſsa ancora di alienare i feudi, ſi può rivocare da chi l' ha fatta, e dal ſucceſsore in virtù della Coſtituzion di Federigo, *Conſtitutionem Divae memoriae*, e che 'l Duca, *coll' intentazione del giudizio nel S. Conſiglio, a' 2 Settembre 1766, fece la rivoca* della promeſſa fatta, e la ripetè poi nel ſuo teſtamento.

Alla *rivoca*, che diceſi fatta nel teſtamento, riſponderò, quando ſarà coteſto teſtamento legittimamente notificato al Pr. Pignatelli. L' *Anonimo* non deve ignorare, che a tenore delle Leggi del Regno, le *rivoche* delle alie- 111
nazioni de' feudi, *ſi debbono legittimamente notificare alle parti: e non han forza nè valore alcuno, ſe non dal dì di detta notificazione* (*a*). Alla *rivoca*, che diceſi fatta nella ſupplica del dì 2. del meſe di Settembre, riſpondo, che l'azion quivi iſtituita dal Duca, non fu l'azion *revocatoria* in virtù della Coſtituzione, *Conſtitutionem Divae memoriae*. Pretendeſi in eſsa condannarſi il Pr. Pignatelli a reſtituire Campi, Squinzano, Afra, e Bagnara: *potiſſimum* (ecco la ragion principaliſſima, in cui l'azione ſi appoggia) *quia quaecunque exquiſita opera, atque induſtria adhibita in recuperandis feudis finitimis Terrae Cutroſiani, ſupervacanea, atque fruſtranea experta eſt*. L' azione, a coteſto modo iſtituita, è direttamente contraria all'azion *revocatoria*. Chi deduce l'azion *revocatoria*, penteſi del contratto fatto, come di quello, che fu fatto ſenza ſaputa del Principe. Al contrario, dice il Duca, di avere uſate tutte le diligenze per eſeguire il contratto, e gli eran tutte riuſcite vane: onde rivuole i feudi, non perchè più non vuole il contratto, come più nol vuole chi deduce l'azion *revocatoria*; ma perchè (colpa de' poſſeſsori de' feudi finitimi, che non gli voglion ven-

de-

(a) *Pr.* 10. §. 75. *de offic. judic.*

dere) non può'l contratto eſeguirſi. In fatti ha poi *articolato* il Duca di avere uſate, ma invano, tutte le poſſibili diligenze; e ſi è ſtudiato nel termine di provarlo: ed ultimamente ſi ſono prodotti documenti de' fedecommeſſi, cui pretendeſi eſſer ſoggetti i feudi nominati nell' iſtrumento dell' anno *1761.*, per dimoſtrare, che, non eſſendo alienabili, ſarebbero ſtate inutili le diligenze, le quali coſe tutte, ſono del tutto contrarie al giudizio del-
112 la *rivoca* in virtù della ſuddetta Coſtituzione. E riſpondo così, menando buono all' *Anonimo*, che la ſemplice promeſſa di vendere ſoggiaccia alla Coſtituzione, *Conſtitutionem Divae memoriae*. Ci ha di molti (nol nego) ch' eſtendono la ſuddetta Coſtituzione alla promeſſa di vendere; ma ſi oppongon loro i più dotti, tra' quali è Matteo degli Afflitti, e tutti coloro, che tengono l'opinione da me difeſa nella mia Scrittura di queſt' anno a carte LXIII, e LXIV di queſto tomo, valer la promeſſa di vendere anche ſenza l'aſſenſo: e loro ſi oppongono con ragione, perchè la Coſtituzion parla di ſoli atti di vera alienazione, per cui ſi trasferiſce il dominio utile, e'l feudatario ſi muta: e poichè ſi permette per eſſa una coſa eſorbitante dalle regole del jus comune, qual'è'l venire contr'al proprio fatto, come nota giudizioſamente Matteo degli Afflitti (*a*); non è da eſtenderſi agli atti omeſſi: e ciò tanto meno ſi può comportare, quanto che non milita nella ſemplice promeſſa di vendere la ſteſſa ragion, che milita nella vera alienazione, cioè la mutazione, che per queſta ſi fa della perſona del feudatario. E pure ci è altra ancora molto più forte ragione, che non può far valere la Coſtituzione nella ſemplice
113 promeſſa: ed è queſta. Secondo il jus comune feudale, il feudatario, che alienava il feudo ſenza l'aſſenſo del

Prin-

(a) In Conſt. *Conſtitutionem Divae memoriae pr.*

Principe, perdeva il feudo. Or Federigo colla ſua Coſti- 114
tuzione derogò del tutto al jus comune feudale, abolendo la pena della perdita del feudo, e permettendo, oltracciò, al feudatario di venire contr' al fatto proprio (e queſta fu l'opinione di Matteo degli Afflitti (*a*)) o ritenendo la detta pena, diè al feudatario un mezzo da evitarla, cioè, la *rivoca*, ch' e' faceſſe dell' alienazione, primachè 'l preveniſſe il Fiſco, dichiarando devoluto il feudo per l'alienazion fatta ſenza il conſenſo del padron diretto: e queſta fu l'opinione del Freccia (*b*), ed è oggi la più ricevuta. Poſto ciò neceſſariamente ne ſegue, che la Coſtituzione, *Conſtitutionem Divae memoriae*, ha luogo in que' caſi ſoli, ne' quali avea luogo, ſecondo Matteo degli Afflitti; od ha oggi ancor luogo, ſecondo il Freccia, la pena della perdita del feudo: e queſta (nè ci ha, chi ne dubiti) ha luogo per lo jus feudale comune ne' ſoli caſi delle vere alienazioni, per le quali la perſona del feudatario ſi muta.

A carte XLI, dice, che l'azion diretta a conſeguire 115
il feudo iſteſſo, qual' è l' azione naſcente dalla promeſſa di vendere, è, per ragion dell' obbietto, azion feudale; e, come tale, non può naſcere ſenza il R. aſſenſo. Poichè dunque non fu munito di R. aſſenſo l' iſtrumento dell'anno *1761*, contenente la promeſſa di vendere, non può naſcerne azion perſonale diretta all' acquiſto de' feudi di Campi, e Squinzano: e potrebbe ſolamente naſcerne l'azion *in id quod intereſt*.

Riſpondo, che non potendoſi dubitare, che 'l Pr. Pignatelli, ſenza la promeſſa della vendita di Campi, e Squinzano, non avrebbe comprati Salice, e Guagnano,

(a) *In cit. Conſt. pr.*

(b) *De ſubfeud. lib. 2. tit.* Quis dicatur Princeps, §. *a Regniculis pr.* 12.

l'*id, quod ejus intereſt*, altro non è, che aver Campi, e
116 Squinzano. E non è aſſolutamente vero, che l'azion diretta ad acquiſtare il feudo, è feudale. Allora è feudale, quando è diretta a farcelo acquiſtare per un *jus reale* ſul corpo iſteſſo del feudo, non quando è diretta a farcelo acquiſtare per un *jus perſonale*, cioè per un obbligo, che ha preſo il feudatario ſulla ſua perſona. In queſto ſecondo caſo, tuttochè l'azione, per lo difetto del R. aſſenſo, non ſia feudale, in virtù della obbligazion perſonale, per cui non ci è uopo di aſſenſo, farà, che'l feudatario debba vendere, e nel ſolo caſo, che vender
117 non poſſa, debba dar l'intereſſe. Queſta è la vera dottrina acconciamente tratta da' principj legali: e maeſtrevolmente ce la dà Matteo degli Afflitti, che ſolo val per mille. Propoſta la queſtione, ſe la promeſſa di vendere il feudo a certa e determinata perſona *ſine aſſenſu Regio*, *obliget promittentem*, dice (a): *Tu diceres, quod non: quia ille, qui non poteſt alienare, non poteſt promittere, ſed feudum non poteſt alienari ſine aſſenſu Domini:* indi ſoggiunge: *Sed veritas eſt in contrarium, quod promiſſio praedicta obligat promittentem, & ejus heredem ad obſervandam promiſſionem, actione quidem perſonali, & non reali . . . quod tene menti, quia vidi aliquos ſuper hoc puncto graviter errare: & dicit Alexander, quod vidit aliquos multum ſuper hoc laborare pro reſponſione, & non potuerunt reſpondere. Nec obſtant in contrarium allegata, quia verum, quod, quoad jus reale in feudo, qui non poteſt alienare, non poteſt promittere: ſecus quando promiſſio reſpicit jus perſonale, ut SI NON POTEST* (notiſi queſto *non poteſt*) *adimplere promiſſa, teneatur ad intereſſe*. Queſta dottrina di Matteo degli Afflitti confermò per molti nuovi argomenti il de Pon-

te

(a) *In cit. Conſt. num.* 31.

te (*a*): e non altrimenti opinò, parlando de' *luoghi de' monti*, il dottiſſimo Cardinal de Luca. Si dice de' *luoghi de' monti* quel, che de' feudi ſi dice. *Siquidem loca montium* [ſono parole del de Luca (*b*)] *non ſunt in commercio, neque de uno in alterum transferri poſſunt, niſi de beneplacito Papae.* Or trattando egli il caſo di una promeſſa fatta ſenza il Pontificio aſſenſo di vendere alcuni *luoghi di monti*, che contra la promeſſa eranſi poi venduti ad altrui, anche ſenza l' aſſenſo del Papa, ſcriſſe: *Nullum jus quaeſitum eſſe Mariannae ſecundae emtrici, ſed loca montium adhuc eſſe in dominio, & poſſeſſione ipſius Antonii promittentis, cogendi proinde ad ipſam ſpeciem praeſtandam, quae dum praeſtari poteſt* (pongaſi mente a queſte parole) *non admittit intereſſe*. E da coteſta obbligazion perſonale, che 'l feudatario contrae, nata è la pratica antichiſſima del foro Napoletano, che per l'anguſtie del tempo, nelle quali mi trovo, proporrò colle parole del ſopraccitato Card. de Luca (*c*): *Dabam in propoſito ſatis proximum exemplum creditorum contrahentium cum Baronibus Regni Neapolitani abſque Regio aſſenſu; iſtis enim nulla hypotheca, nullumque jus adquiritur ſuper feudis, etiam vivente debitore; ſed quia ſucceſſor, quamvis ex Lege inveſtiturae vocatus, habere debet hereditariam qualitatem feudatarii defuncti, propterea conceditur creditoribus jus implorandi officium judicis, & in actione perſonali cogendi poſſeſſorem ad vendendum feudum*. E non degna di un buon giuriſconſulto è la differenza, che pon taluno tra l' azion perſonale diretta a conſeguir danaro per credito, che ſi rappreſenti contra 'l feudatario, o contra la di lui eredità, e l' azion perſonale diretta ad ac- 118

(a) *Conſil.* 85., & 86. *tom.* 1.
(b) *De Regal. diſc.* 41. *num.* 4.
(c) *De feud. diſc.* 82. *num.* 5.

quiſtare il feudo per la promeſſa, che ſi ſia fatta di venderlo. Non conoſcono una tal differenza Matteo degli Afflitti, il de Ponte, e 'l de Luca, i quali dalla promeſſa di vender feudi, o *luoghi di monti*, fanno naſcere lo ſteſſo effetto, che da un credito in azion perſonale. E per ragion legale, lo ſteſſo eſſer dee l'effetto, quando la cauſa è la ſteſſa. La cauſa, così nel caſo della promeſſa della vendita, come nel caſo del credito, è l'obbligazion perſonale del feudatario: ed in ciò tutti ſono d'accordo. Dunque lo ſteſſo eſſer dee l'effetto nell'uno, e nell'altro caſo: e in fatti nell'uno, e nell'altro il feudo ſi vende: e ſe per un mio credito poſſo farlo vendere a chiunque vuol comperarlo, molto più poſſo farlo vendere a me, cui ſi è fatta la promeſſa di vendere, maſſimamente ſe ſi ſia fatta, come nel caſo noſtro, colla eſpreſſa riſerva del R. aſſenſo.

A carte XLVII., dice, che convenneſi nell'iſtrumento dell'anno 1761, che, pagando il Pr. Pignatelli dentro ſei meſi le due terze parti del prezzo, *reſtaſſe immediatamente tenuto ed obbligato il Duca di ſtipulare e ſolennizzare l'iſtrumento della vendita*; indi a carte
119 XLVIII, cita la *L. 16. C. de fide inſtrum.*; e dalle parole dell'iſtrumento, e dal citato teſto, deduce, che l'atto, primachè *ſi ſtipulaſſe*, e *ſi ſolennizzaſſe l'iſtrumento della vendita*, non era obbligatorio; e che perciò poteano le parti recedere dal convenuto.

L'*Anonimo* piglia un bel granchio a ſecco. La cit. *L. 16.* parla del caſo, che intendano i contraenti non altrimenti obbligarſi, che in iſcritto, ſicchè appartengaſi la ſcrittura alla ſuſtanza del contratto: il che dal Principe, e dal Duca, affatto non ſi volle: anzi, dicendoſi, che *reſtava il Duca tenuto ed obbligato a ſtipulare, e ſolennizzare l'iſtrumento della vendita*, è chiaro, che non ſi volle laſciare nella libertà di recedere dal convenuto. L'iſtru-

mento

mento poi, ſebbene neceſſario non foſſe per la validità della vendita, era più che neceſſario per poterſi impetrare l'aſſenſo, il quale non ſi ſarebbe potuto chiedere, non che interporre altrimenti.

Paſſo ora alla ſeconda Scrittura dell'*Anonimo*. In queſta difende egli la prima parte della ſentenza dichiarante nullo l'iſtrumento dell'anno 1763., e dice a carte v, che nullo fu quell'iſtrumento, perchè *ſi diede a ſentire al Duca conchiuſa già la compra di Criſpano, fatto l'apprezzo, interpoſto, e confirmato il decreto d'expedit, e diſteſe anche le minute per la compra di detta Terra*. Quell' *anche le minute*, ci ſa chiaramente conoſcere, che nega il franchiſſimo *Anonimo* le *minute ancora* tra 'l Duca, e 'l Principe di Palazzuolo. Ma ſe coteſte minute ſono ſottoſcritte carta per carta dal Duca di Cotrofiano, come ſi negano? e come può cadere in mente ſana, che *ſi foſſe dato a ſentire al Duca, che ſi eran diſteſe:* a quel Duca, che le avea ſottoſcritte carta per carta? Coteſte minute, quando la prima volta la cauſa ſi trattò, ſi fecero portare in Ruota, e dal primo Difenſore della Caſa di Cotrofiano furono oſſervate, nè ſi poteter negare. Si negano ora, perchè 'l ſiſtema dell' *Anonimo* è negare a ſua poſta tutto ciò, che non gli giova. Conſervanſi eſſe dall'oneſtiſſimo Notajo Narice. L' *Anonimo* vada ad oſſervarle, e ne reſterà chiarito. Or queſte minute appunto baſtan ſole a ſoſtenere l' iſtrumento dell' anno 1763. Nel tempo, che 'l Duca le ſottoſcriſſe, non potea credere, che 'l decreto di *expedit* ſi foſſe interpoſto, perchè ſulle minute ſi avea da chiedere, ed interporre: e pure in eſſe ſi dà quel decreto per interpoſto, e per confermato; e non per errore, ma perchè così porta la diſciplina del foro, che diaſi per fatto quel, che non ſi è fatto ancora. E poichè così ſi era detto in quelle minute, ſi diſſe ancora così nell' aſſertiva dell' iſtrumento

dell'

dell'anno 1763. Dunque il Duca non fu ingannato, ſeguentemente non ci è motivo da aver per nullo il detto iſtrumentò. E ſe l'iſtrumento vale, dee neceſſariamente valere l'aſsenſo. Lo ſteſso *Anonimo* a carte LXVIII. della prima Scrittura m' inſegna colle parole del Prato (*a*), che *aſſenſus non eſt actus de per ſe ſtans, ſed tantum confirmat contractum.*

A carte XVIII, dice, non eſſerci pruova, che le minute tra Cotrofiano, e Palazzuolo ſi foſſer fatte prima dell'iſtrumento del dì 3 del meſe di Decembre dell' anno 1763.

Nuova loica è queſta. La pruova di eſſerſi fatte dopo, dee farſi dalla Ducheſſa di Cotrofiano. Per ora al Pr. Pignatelli baſta, che la natura della coſa portaſſe così, che'l Duca di Cotrofiano prima conchiudeſse col Pr. di Palazzuolo la compera di Criſpano, e poi faceſse col Pr. Pignatelli l'iſtrumento per aver pronti 68000. ducati: e che oltracciò nell'aſsertiva del detto iſtrumento le dette minute ſi citino, ed a tenore di eſse l'aſsertiva ſi faccia. Ma che le minute ſi ſien fatte prima, e dopo, che importa? Dovette ſempre precedere l'interpoſizione, anzi la petizione del decreto di *expedit*, e dandoſi queſto per interpoſto e confermato, quando ben ſapeva il Duca, che non l'avea chieſto ancora, ecco, che ſi eſclude quella falſa cauſa, per cui ſi dichiarò nullo l'iſtrumento dell'anno 1763.

A carte XXVII, e XXVIII., prende a dimoſtrare, eſſer difformi tra ſe l'aſſenſo del Re, e la petizion fatta dal Duca di Cotrofiano: e'l dimoſtra così. Chieſe il Duca l'aſsenſo ſulla *PROMESSA* di vendere, e ſull' *intiero tenore dell' iſtrumento* dell'anno 1763. Al contrario il primo Real Diſpaccio, con cui alla Camera di S. Chiara

(a) *Tom. 3. diſcept. 31. num. 39.*

ra si rimise la supplica del Duca, parlò di *vendita*: e'l secondo, con cui, approvandosi il parere della Camera, le si ordinò, che spedisse l'assenso, parlò di doversi *perfezionare la vendita*; e finalmente nel privilegio espressamente si disse prestarsi l'assenso *venditioni factae*: ed a confermazion di ciò, si soggiunse, che si registrasse ne' quinternioni della R. Camera della Sommaria, e che si facessero spedire le lettere di assecurazione de' vassalli, e 'l giuramento del ligio omaggio: le quali cose non convengono alla promessa di vendere, ma suppongono la vendita effettiva.

Sono pronte le risposte. Nel primo Dispaccio si dice: *Passo alle Signorie VV. Ill. d'ordine del Re l'annessa supplica del Duca di Cotrofiano, in cui domanda il Reale assenso sul compiegato istrumento di vendita di certi feudi, che intende fare* ec. Si disse nel secondo: *Essendosi uniformato il Re al parere della Camera di S. Chiara rassegnato con Consulta de' 20. del prossimo passato mese sulla spedizione del Reale assenso domandato dal Duca di Cotrofiano per poter perfezionare la vendita* ec. Di colui, che ha fatta promessa di vendere, ben si può dire, che *intende di far vendita*, come nel primo Real Dispaccio si disse: e non impropriamente ancora può dirsi, che, chiedendo l'assenso sulla promessa, il chiegga *per poter perfezionare la vendita*, come si disse nel secondo: e quandochè l'*Anonimo* volesse ostinatamente intendere queste seconde, e quelle prime parole della vendita effettiva, difformi sarebbero la petizion del Duca, e le parole dell'Uffiziale, che distese i Dispacci, non la petizion del Duca, e la mente del Re. Nel primo Dispaccio, col quale il Re rimise alla Real Camera la supplica del Duca, soggiunse, *in cui domanda* ec. onde le rimise tale, qual'era, la petizione del Duca: nel secondo, col quale uniformossi al parere della Real Camera, poi-

chè

chè le parole, *per poter perfezionare la vendita*, dipendono dalle precedenti, *ſulla ſpedizione del Reale aſſenſo domandato dal Duca*, è più che chiaro, che volle il Re deferire alla petizione fatta dal Duca. Si aggiunge, che nel ſuddetto Diſpaccio, diſſe il Re, che *uniformavaſi al parere della Camera di S. Chiara*, ed ordinò, che *ſi ſpediſſe il domandato aſſenſo a tenore dell'enunciato parere*. Ma 'l parere della Real Camera fu, che ſi preſtaſſe l'aſſenſo alla promeſſa di vendere, ed all'intero tenore dell'iſtrumento. Lo ſcaltro *Anonimo*, tuttochè ſi ſappia, che abbia oſſervata la *Conſulta* della Real Camera per uſarne in ſuo pro, caſochè l'aveſſe trovata non del tutto conforme alla petizion del Duca, dice di non ſaperne il tenore. Ma potea farglielo ſapere la decretazione, *Fiat in forma juxta inſtantiam R. Fiſci:* le quali parole han queſto ſignificato, che l'aſſenſo ſi preſti ſecondo la petizione, e colle moderazioni volute dal Signor Avvocato Fiſcale: e coſtui della promeſſa di vendere parlò nella ſua iſtanza, non opponendoſi all'aſſenſo. Che poi gli Uffiziali della Real Camera nel diſtender, che fecero il privilegio, parlarono *di vendita fatta*, non è da maravigliare. E' ſovente avvenuto, ch' e' ſien caduti in ſimi-
121 glianti errori: e ne fu sì ben perſuaſo l'abolito Collaterale, che ne' tempi del Rovito, deciſe a modo di Legge, che, trovandoſi inſerita ne' privilegi degli aſſenſi per contratti feudali, per cui non ſi muta il feudatario, la clauſola ordinante la regiſtrazione, ſi aveſſe come inſerita
122 per ſemplice ſtile di Cancelleria (*a*): nè ci è oggi uom verſato mezzanamente nel foro, che non ſappia quel, che ci laſciò ſcritto Giuſeppe de Roſa (*b*): *Princeps, dum aſſentitur, nihil aliud reſcribit, niſi FIAT IN FORMA:*

(a) *Rovit. Deciſ.* 84.
(b) *Conſult.* 12. *num.* 69.

MA: dum vero privilegium extenditur, clauſulae inſeruntur de ſtylo Cancellariae. Ma troppo vicino è 'l dì deſtinato alla deciſion della cauſa: *Manum de tabula.*

Di Caſa nel dì 16 del meſe di Novembre dell'anno 1767.

Riſpoſta alla terza Allegazione venuta fuori per la Ducheſſina di Cotrofiano.

L'Autore anonimo delle due Allegazioni venute fuori per la Ducheſſina di Cotrofiano, ne ha pubblicata una terza la ſera di queſto dì 17. del corrente meſe di Novembre; vale a dire, due giorni prima della deciſion della cauſa. E perchè sì tardi? Per non darmi tempo di riſpondergli per le rime: e tuttochè moſtri in eſſa di tener poco, anzi niun conto di me, sa bene, che ſaprei farlo.

Ho io corſa, per un caſo, coteſta nuova Allegazione, e non tutta: ed ecco a quelle coſe, di cui ho potuto ſerbar memoria, brevemente riſpondo.

Si ſtudia egli di dimoſtrare, che l'azione naſcente 123
dalla promeſſa di vendere un feudo, comechè poſſa operare, che 'l promiſſore ſia tenuto *ad id quod intereſt*, non può mai operare, che l'obblighi a vendere: e perchè nelle mie Allegazioni aveva io citato Afflitto, che l'obbliga alla vendita effettiva del feudo, oſa egli di citar contra me (chi 'l crederebbe?) lo ſteſſo Afflitto, traſcrivendone queſte parole (a): *Sicut dicimus in eo, cui facta eſt*

(a) In Conſt. *Conſtitutionem Divae memoriae, num.* 31.

eſt promiſſio de vendendo (feudum), quia ei nullum jus quaeritur in re, ſed ſola actio perſonalis contra talem promittentem, ut teneatur ad intereſſe, ſi non vendat. L'Anonimo prende quel, *ſi non vendat*, per un atto del tutto volontario del promiſſore, quandochè lo ſteſſo Afflitto l'ha per un atto neceſſario, da cui altro non può ſcuſarlo, che la ſola impoſſibilità. E' ſe ne ſarebbe accorto, ſe aveſſe lette le parole, che ſeguono nel medeſimo numero: *Nec obſtant in contrarium allegata: quia verum, quod, quoad jus reale in feudo, qui non poteſt alienare, non poteſt promittere: ſecus quando promiſſio reſpicit jus perſonale, ut ſi non poteſt adimplere promiſſa, teneatur ad intereſſe, ut ſupra dixi.* Noti il gentile Anonimo quel, *SI NON POTEST:* e noti ancora quell', *ut ſupra dixi*, che ſi riferiſce a quel ſuo *ſi non vendat*, il quale, interpetrato dal medeſimo Afflitto, val tanto, quando *ſi non poſſit vendere.* Ma come non ſi è accorto, che prima delle parole da lui traſcritte, aveva Afflitto inſegnato l'iſteſſo, che nelle ultime da lui non lette, e traſcritte ora da me? *Sed veritas eſt in contrarium* (ecco le parole, che precedono le traſcritte da lui) *quod promiſſio praedicta* (cioè di vendere il feudo) *OBLIGAT promittentem, & ejus heredes ad OBSERVANDAM PROMISSIONEM actione perſonali, & non reali.* Noti quell' *obligat ad obſervandam promiſſionem:* e non potendo ignorare, che le parole acquiſtan luce dalle antecedenti, e dalle ſuſſeguenti, conoſca, ch' e' non doveva uſar contra me delle ſole parole di mezzo, laſciando nella inforcatura della penna quelle, che precedeano, e quelle, che ſuſseguivano. E non è poi l'Anonimo quello ſteſſo, che dice nelle ſue prime Allegazioni, che 'l Freccia, impugnando la ſentenza di Afflitto, inſegnò, che la promeſſa di vendere il feudo ſenza l'aſſenſo, obbligava ſolamente *ad id quod intereſt?* E perchè, ſe 'l ſapea, contraddi-

cen-

cendo a se stesso, fa ora autore l'Afflitto della contraria sentenza?

Ma che dirà l'Anonimo, se io gli dimostro, che 124
lo stesso Freccia obbligherebbe, nel caso nostro, la Duchessina di Cotrofiano, com'erede del padre, a vender *Campi*, e *Squinzano?* Non ne faccia le maraviglie. Gliel fo ora io toccar con mano. Il Freccia, dopo di aver provato, che la promessa di vendere obbliga *ad id quod interest:* e dopo di aver detto, *Et ex praedictis dubito, an bene dixerit Afflictus*, soggiunge: *Fateor tamen, quod si vassallus vendit feudum, & recipit pretium, RESERVATO ASSENSU REGIO, quod ipse ex hoc contractu obligatur personaliter ad POSSESSIONEM TRADENDAM* (a): cioè, a perfezionare la vendita colla effettiva tradizione del feudo. Dunque sono di accordo nel caso nostro Afflitto, e Freccia. Afflitto condannerebbe la Duchessina, perchè non è impossibile l'adempimento delle promesse: e la condannerebbe ancora il Freccia, perchè la promessa della vendita dal Duca fu fatta, e dal Pr. Pignatelli fu ricevuta, *reservato assensu Regio*. Il Freccia obbliga il promissore *ad id quod interest*, quando il contratto si fa senza l'espressa riserva del R. assenso, perchè l'atto, allora, contiene un disprezzo del Principe: al contrario, quando il contratto si fa, *reservato assensu Regio*, l'obbliga allora a perfezionare l'atto colla effetriva tradizione: perchè tanto è lontano, che alcuna ingiuria si faccia al Principe, che anzi il Principe si onora, sottomettendosi i contraenti alle di lui Leggi, e alle di lui Sovrane deliberazioni.

Di Casa a dì 17. Novembre 1769.

(a) *De subfeud. tit.* Quis dicatur Princeps, §. *pluribus autem modis, num.* 37.

Per D. Antonio Granato contr' a' creditori di D. Gennaro Finelli.

ARGOMENTO.

Si dimoſtra, che chi ha promeſſo di vendere, o di comperare; ſe, potendo, adempir non voglia la promeſſa, ſi libera, offerendo l'*id quod intereſt* a colui, che pretenda il preciſo adempimento della vendita, o della compera. E che ciò abbia maggiormente luogo, dove alla promeſsa di vendere, o di comperare, ſiaſi aggiunta una certa pena, da ſoggiacervi il promettitore, in caſo d' inoſservanza.

SOMMARIO.

1 *LA vendita può contrarſi, rimettendoſi il prezzo all' arbitrio di un terzo: nel qual caſo aſſi tal vendita come fatta ſotto la condizione, ſe 'l prezzo ſarà dal terzo determinato.*

2 *Chi ha promeſſo di vendere, o di comperare, ſe, potendo, non voglia più comperare, o vendere, ſi libera, offerendo quello, che importa a colui, che pretenda il preciſo adempimento della promeſſa:* Ved. i num. ſeg. *Il che ha maggiormente luogo, dove contr' il promettitore una certa pena ſiaſi preſcritta, in caſo d' inoſſervanza:* Ved. il num. 6.

5 *Non per gli eſempj, ma per le Leggi, deeſi giudicare.*

7 *Il legato aſſi per ripetito, dove trovaſi uſata la dizione* Item, *od altra di pari ſignificato.*

AL-

ALLEGAZIONE IV.

LA lite, che pende nel S. Consiglio tra D. Antonio Granato, per cui scrivo, e i creditori di D. Gennaro Finelli, nasce da un albarano del dì 11. del mese di Novembre dell'anno 1763, le cui parole sono queste: *In vigore del presente albarano ec. si dichiara da noi sottoscritti Dottor D. Gennaro Finelli, e D. Antonio Granato, qualmente siamo venuti tra di noi a convenzione, in vigore della quale io sottoscritto D. Gennaro prometto, e m' obbligo vendere, ed alienare in beneficio di detto Sign. D. Antonio un territorio di moggia . . . arbustato, e vitato ec. e questo per lo prezzo, che sarà valutato da due comuni Regj ingegnieri, da' quali si dovrà fare l' apprezzo di detto stabile, alla determinazione de' quali promettiamo, e ci obblighiamo noi suddetti di stare, ed ubbidire, senza potercene in modo alcuno richiamare: e perciò, seguito detto apprezzo, m' obbligo io sottoscritto D. Gennaro nella più solenne maniera, e forma di vendere, ed alienare, come sopra, a beneficio di detto D. Antonio il descritto stabile per lo prezzo, come sopra estimando, senza poter recedere da detta vendita sotto qualsivoglia pretesto, e per qualsivoglia causa, nessuna eccettuata, esclusa ogni, e qualunque interpetrazione di Dottori in contrario sull' articolo*, an promissio de vendendo importet veram venditionem; *poichè voglio, che la presente promessa interpetrar si debba, come vera, ed effettiva vendita. All' incontro io predetto sottoscritto D. Antonio prometto, e m' obbligo nella più ampla, e solenne forma, subito seguito, che sarà l' apprezzo suddetto, comprare lo territorio suddetto per lo prezzo, come sopra estimando, e stipularne pubblico istrumento a consiglio de' miei Savj colli patti soliti apporsi in simili contratti: ed il prezzo, come sopra, di quello,*

lo, valutando da detti due ingegnieri, pagarlo nella fine del meſe di Febbrajo del proſſimo venturo anno 1764 vincolato ad eſſo Sig. D. Gennaro, per doverlo brevi manu *girare a' ſuoi creditori, che hanno l'ipoteca ſpeciale, o generale su detto ſtabile: e nel caſo ciaſcuno di noi ſottoſcritti mancaſſe dalle coſe di ſopra convenute, e promeſſe, ſia tenuta, ed obbligata la perſona inoſſervante di pagare ſubito tutte le ſpeſe, che ſi ritroveranno fatte per l'apprezzo di ſopra convenuto, e per ſcritture precedenti alla vendita ſuddetta: in eſecuzione delle quali convenzioni eliggiamo noi ſottoſcritti per Regj ingegnieri, cioè, io predetto D. Gennaro eliggo, e nomino il Regio ingegniere D. Gaetano Buonocore, ed io ſottoſcritto D. Antonio il Regio ingegniere D. Franceſco Scarola: con altra condizione, che nel caſo detti due ingegnieri foſſero di differente parere, e non poteſſero uniformarſi, ſi è ſtabilito, che l'iſteſſi due ſopraſcritti Regj ingegnieri debbano eliggere un'altro Regio ingegniere di comun conſenſo per dirimere la di loro differenza; ed in tal caſo da ſtarſi al ſentimento di detto Regio ingegniere ſenza altra replica, nè eccezione alcuna. E per la reale oſſervanza delle coſe predette, noi ſuddetti ſottoſcritti obblighiamo le noſtre perſone, noſtri eredi, ſucceſſori, e beni tutti preſenti, e futuri, colla clauſola di ſopra deſcritta del coſtituto, e precario, pena, rinuncia, e giuramento in forma: e così ci obblighiamo, come ſopra, e non altrimenti.*

In eſecuzione di coteſto albarano ſi eſtimò la ſuddetta maſſeria dai due Regj ingegnieri Buonocore, e Scarola; ma non furono eſſi d'accordo. Il primo, eletto dal venditore, le diè 'l prezzo di ducati 10537: il ſecondo, eletto dal compratore, di duc. 3330. In sì gran difformità di pareri fu poi eletto ad apprezzarla il R. ingegniere D. Lorenzo Jaccarino, il quale diè fuori la ſua relazione, non ancora notificata al Granato, con due *letture.*

re. L'apprezzò colla prima duc.6444 : colla seconda 5311.

In questo stato di cose, ricorsero al Sig. Consigliere Commessario i creditori del Finelli, pretendendo, che obbligasse il Granato ad *adempire:* e 'l Sig. Commessario interpose in sua casa il decreto: *Magn. D. Antonius Granato adimpleat servata forma albarani:* il qual decreto è stato poi confermato dal S. Consiglio nel dì 14. del mese di Giugno del corrente anno 1765. Contra cotesto decreto del S. Consiglio si sono, col dovuto ossequio, prodotti, a nome del Granato, alcuni capi di *nullità*.

Primachè mi faccia io a difendergli, supplico i Signori, che debbono di questa causa giudicare, che pongan mente al tenore dell' albarano, ed alla formola del decreto. Se vi porranno mente, troveranno, che 'l decreto è tanto equivoco, che può intendersi in pro de' creditori del Finelli, ed in pro del Granato. Dicesi in esso *adimpleat*; ma non se ne spiega il modo: e ben può l'albarano in due modi eseguirsi. Fecesi in esso una vendita per quel prezzo, che si sarebbe determinato o da' primi due ingegnieri, o dal terzo; e vi si appose l'espresso patto, che se uno de' contraenti *mancasse dalle cose convenute, fosse tenuto di pagar subito tutte le spese*. Or si *adempirebbe, servata la forma dell' albarano*, eseguendosi la vendita colla tradizione della masseria, e colla soluzione del prezzo: e così spiegano i creditori del Finelli l' *adimpleat* del decreto: ma si *adempirebbe* ancora, *servata la forma dell' albarano*, pagandosi dal Granato le spese, casochè più non volesse comperarla, come di fatto comperar non la vuole: ed e' così spiega l' *adimpleat*. Dovea dunque spiegarsi il modo, onde dovesse il Granato *adempire*: e fino a che non si spieghi, non ci è decreto. Che altro è 'l decreto, che una determinazione, che fa 'l giudice? E come può contenere *determinazione* una formola, che ha doppio senso?

Quan-

Quando ancora ci foſſe decreto, e ſi doveſſe *adempire* colla tradizione della maſſeria, e colla ſoluzione del prezzo, nè meno potrebbe aver luogo l' *adimpleat*, perchè queſta formola ſuppone il contratto, cui altro non manchi, che la ſola eſecuzione: ma nel caſo noſtro non ci è contratto, perchè non ci è certo prezzo. I primi due ingegnieri nol determinarono: e nol determinò nè meno il terzo, che propoſe, ſecondochè ſi è detto, due
1 diverſe *letture*. Or è maſſima indubitata di Legge, che ſenza certo e determinato prezzo non ci è vendita; e comechè poſſa contrarſi, rimettendoſi il prezzo all' arbitrio di un terzo, nondimeno sì fatta vendita ſi ha come fatta ſotto la condizione, ſe 'l prezzo ſarà da colui determinato. Così l' Imp. Giuſtiniano (*a*): *Sancimus, quum hujusmodi conventio ſuper venditione procedat, quanti ille aeſtimaverit, ſub hac conditione ſtare venditionem, ut, ſi quidem ipſe, qui nominatus eſt, pretium definierit, omnimodo ſecundum ejus aeſtimationem, & pretia perſolvi, & venditionem ad effectum pervenire*. Dice l' Imperadore, *definierit:* per la qual voce ſi ſpiega un prezzo di certa e determinata quantità: la qual certezza, per quelle due *letture*, del tutto ſi eſclude. Or ſe non ci è ancora vendita, come può pretenderſi, che *adimpleat* il Granato? *Adempire*, val tanto, quanto *eſeguire:* e chi è, che poſſa eſeguire un atto, che, come ſoſpeſo dalla condizione, ancora non ci è? Anche intendendoſi l' *adimpleat* a ſenſo de' creditori del Finelli, non prima può fargliſi luogo, che ſieſi verificata quella tacita condizione.

Quandochè ci ſia il decreto, e certa ſia la quantità del prezzo, dovrebbe la relazione dell' ingegniere Jaccarino notificarſi al Granato, e potrebbe coſtui dirittamente pretendere, come di fatto il pretende, che ſe ne

or-

(a) *In L. ſuper rebus* 15. *C. de contr. emt.*

ordini la reviſione. L'ingegniere Jaccarino impropriamente diceſi *reviſore*. I primi due ingegnieri, eſſendo ſtati sì ſtranamente diſcordi, ſi ha per Legge, come ſe non aveſſer mai eſtimata la maſſeria. L' apprezzo fattone da quel terzo, ſarebbe il primo; onde non è da dubitare, che gliene competa la reviſione: e queſta avrà luogo, quando ſi ſarà dal S. Conſiglio ordinato, che ſi notifichi la relazione al Granato.

Ma perchè tanto di ciò mi brigo? Il Granato, ſebbene condizionatamente pretenda la reviſione, nondimeno principalmente pretende di potere per le regole del jus Romano, e molto più per la forza del patto appoſto all' albarano, recedere dalla compera, offerendo a' creditori del Finelli le ſpeſe fatte ſinora, alle quali riduceſi, in virtù del ſuddetto patto, quel, che può loro importare. Secondo le regole del jus Romano, offeren- 2
doſi quel, che importa, ſi eſtinguono le obbligazioni, maſſimamente quelle, che conſiſtono nel fare: quali ſono le obbligazioni della tradizione, e della ſoluzione, che ſono coſe di fatto (*a*). E per verità generalmente, ed 3
a modo di regola, ſcrive Ulpiano (*b*), parlando del venditore, *non tradentem, quanti interſit, condemnari*. Nè mi ſi dica, eſſer da intendere coteſto luogo di colui, che non può, non di colui, che non vuole conſegnare la merce; poichè ſono ne' Libri della Legge molti altri luoghi, ne' quali lo ſteſſo diceſi di colui, che, potendo, non vuole. L' Imp. Giuſtiniano (*c*) laſcia il venditore nella piena libertà di perfezionare il contratto o colla tradizione della merce, o con dare al compratore quel, che

(a) *L. conſilio 7. §. 3. de curat. furioſ.*, & *L. 1. C. de probat V. Fabr. de err. prag. dec. 85. er. 1.*

(b) *In L. ex emto 11. §. 9. de act. emti.*

(c) *In L. contractus 17. Cod. de fide inſtrum.*

gl' importa: *Pretio ſtatuto neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere* [colla tradizione, come nota il Fabro (*a*)] *vel id, quod emtoris intereſt, ei perſolvere*. La geminata alternativa *vel*, è certiſſimo ſegno dell'arbitrio del venditore. Nè mancano altri teſti anche più chiari. Tra le merci, che ſi vendono, e ſi comperano, ci è 'l getto della rete. Or Celſo, finge il caſo, che abbia taluno comperato il getto della rete, e che avendola il peſcatore tratta ſul lido, non voglia conſegnare al compratore i peſci, e dice (*b*): *Si quod extraxit piſcium, reddere NOLUIT, id aeſtimari debet, quod extraxit*. Nol coſtringe a conſegnare la merce, ma ſolamente a rimborſare il compratore di quel, che gl' importa. Trattano ancora il caſo del venditore, che *procacia*; cioè, per capriccio, e per oſtinazione non vuol conſegnare la merce a tenor del contratto già fatto, gl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano (*c*) per quelle parole: *Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum PROCACIA venditoris non fiat*: e nol coſtringono a conſegnare preciſamente la coſa venduta, contenti, che dia quel, che importa: *Quanti intereſſe compleri emtionem fuerit arbitratus Praeſes provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.*

4 Coteſti ſono i chiariſſimi luoghi de' Libri della Legge, onde moſſo l' antichiſſimo interpetre Giovanni, famoſo maeſtro di Accurſio, maeſtrevolmente inſegnò, liberarſi il venditore, dando al compratore quel, che gl' importa. Han ſeguita la di lui ſentenza il più degli antichi ſpoſitori del jus Romano, e, tra i meno antichi, il dot-

(a) *De error. prag. dec.* 85. *err.* 4.
(b) *In L. ſi jactum* 12. *de act. emti, & vend.*
(c) *In L. ſi traditio* 4. *Cod. de act. emti.*

dottiſſimo Fabro (*a*), pentendoſi di avere nel tempo della ſua giovanezza opinato altrimenti: e, tra i più recenti, il giudizioſo Gherardo Noodt (*b*). Martino fu 'l primo, che, per vaghezza di diſputare contra Giovanni, inſegnò, potere il venditore eſſer coſtretto a conſegnare preciſamente la merce, laſciatoſi ingannare da quel, che avea ſcritto nelle ſue *Iſtituzioni* Triboniano (*c*), parlando delle donazioni tra' vivi, che contengono, ad eſempio della vendita, la neceſſità della tradizione: *Ad exemplum venditionis noſtra Conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit*. Non erano a lui ignoti i contrarj teſti, a' quali non potea renderſi alcuna convenevol riſpoſta, ſe quel luogo delle *Iſtituzioni* s' intendeſſe della *preciſa* neceſſità. Non della neceſſità *preciſa*, ma di quella, che comunemente diceſi *cauſativa*, ſi vuole intender quel luogo: e così lo ſpiega il Fabro (*d*): e riflette aſſai bene il Noodt, che la preſente controverſia è da dividerſi in due. L'una è, ſe abbia l' obbligo il venditore della tradizione: l'altra, in qual modo e' debba a coteſt' obbligo ſoddisfare. Per riſpetto della prima, e' dice, non eſſer da dubitare, che ha 'l venditore l' obbligo della tradizione: e queſta è quella *neceſſità*, di cui parla Triboniano. Per riſpetto poi della ſeconda, dice, che, poſto quell' obbligo, dà la Legge al venditore il modo da uſcirne, ch'è la ſoluzione di quel, che importa: *Mihi placet*, ſon ſue parole, *hanc litem dividere in duas partes. Prior quaerit, an venditor cogatur rem venditam emtori tradere: altera quaerit, quo modo ea coactio fieri debeat. Quod ad priorem attinet, nulla dubitatio eſt, quin*

(a) *In cit. dec.* 85. *err.* 5. & 6.
(b) *In tit. ff. de act. emti.*
(c) *Lib.* 2. *tit.* VII. *de don.* §. 2.
(d) *In cit. err.* 4.

venditor poſſit ad rei venditae traditionem cogi.... Altera eſt de modo, quo cogi debeat. Is non eſt alius, quam praeſtatio ejus, quod emtoris intereſt rem venditam ſibi eſſe traditam. La ragion, per cui diè la Legge al venditore coteſto modo da ſoddisfare a quell' obbligo, non altronde è da trarre, che dalla grande idea, che ſi ebbe, e che convien, che ſi abbia della libertà di un cittadino Romano: *Neceſſitas praeciſa*, dice il Fabro, *ſemper aliquid habet incivile propter admixtam violentiam:* e più nobilmente il Noodt: *Nec hoc abhorret a regulis juris, quae faventes libertati publicae interpretantur, ſervile eſſe, atque indecorum, civem Romanum praeciſe cogi facere, quod promiſerit.*

Ma tuttogiorno i Magiſtrati coſtringono coloro, che ſi ſono obbligati di far qualche coſa, a farla: e quandochè non la vogliano eſſi fare da ſe, deſtinano perſona, che la faccia a lor nome.

Riſpondo, che le Leggi ordinanti il contrario, ſon
5 troppo chiare: e per le Leggi, non per gli eſempj ſi ha da giudicare (*a*).

Riſpondo, che non so, ſe ne' caſi, ne' quali ſi è così praticato da' Magiſtrati, abbia l'obbligato ſaputo, o voluto uſare del diritto di offerire all'avverſario quel, che gli poteſſe importare.

6 Finalmente riſpondo, che la falſa opinion di Martino, e ſeguentemente l'oppoſta pratica de' Tribunali, non ha luogo, quando, prevedendo i contraenti il caſo della *inoſſervanza*, abbiano preſcritta una certa pena, da dovervi ſoggiacere in quel caſo. Allora chi ſi era obbligato di fare, non è tenuto di fare, ed eſce d' obbligo per la ſoluzion della pena. Così Triboniano (*b*): *Non*

ſo-

(a) *L. nemo* 13. *C. de ſent. & interloq.*

(b) *Inſt. lib.* 3. *tit. de verb. obl.* §. *ult.*

ſolum res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta, ut ſi ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri: & in hujusmodi ſtipulationibus optimum erit poenam ſubjicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit actori probare, quid ejus interſit. Itaque ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur: ita adjici poena debet, ſi ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare ſpondes? E in queſto caſo noi ſiamo. Dopo di eſſerſi i contraenti obbligati l' uno di vendere, l'altro di comperare, ſoggiunſero il ſeguente patto: *E nel caſo ciaſcuno di noi ſottoſcritti mancaſſe dalle coſe di ſopra convenute, e promeſſe, ſia tenuta, ed obbligata la perſona inoſſervante di pagare ſubito tutte le ſpeſe, che ſi ritroveranno fatte per l' apprezzo di ſopra convenuto, e per ſcritture precedenti alla vendita ſuddetta.* Ecco la pena impoſta alla *perſona inoſſervante*: ecco a che può ſolamente condannarſi il Granato.

E perchè non è da credere (par che dicano i creditori del Finelli) che la pena contenuta in quel patto è oltre l' obbligo di perfezionare la vendita, e la compera colla tradizione della maſſeria, e colla ſoluzione del prezzo?

Perchè (riſpondo io) i peſi, e le pene, nel dubbio, ſi eſcludono, e non è da preſumere, che ſi ſia voluto gravar taluno di doppio peſo. Coſtringere il Granato a comperare per forza la maſſeria, è un peſo, che contra le Leggi s' impone all' animo di un cittadino Romano: volere, oltre a ciò, farlo ſoggiacere alla pena del pagamento delle ſpeſe, è un ſecondo peſo. Se anche queſto ſi foſſe voluto imporre, ſarebbeſi eſpreſſo in qualche modo: ed era ben neceſſario, che ſi eſprimeſſe: il perchè, parlando Giuliano (*a*) de' legati, che ſono peſi 7
impoſti all' erede, dice, che per averſi per ripetiti, uſa-

vaſi

(a) *In L. in repetundis 63. de leg. 3.*

vasi la particella *item*, od altra di pari significato: delle quali particelle non ce n' è alcuna nel caso nostro. Si aggiunge, che la suddetta pena s' impone alla *persona inosservante:* nè può dirsi *inosservante* chi ha già comperato, quantunque abbia comperato per la forza fattagli dal Magistrato. Sarebbe *inosservante* nell' animo, non in fatti: e le Leggi non si brigano de' delitti, che non si riducono al fatto, ed appena negli atrocissimi punisconо il solo *conato*.

Ma cotesto patto (par che seguano a dire i creditori del Finelli) non è posto nel fine dell' albarano, onde possa riferirsi a tutte le cose in esso convenute; ma vedesi posto primachè si venga alla elezione degl' ingegnieri: e, venendosi poi a cotesta elezione, si dice: *doversi stare al lor sentimento senz' altra replica, nè eccezione alcuna:* le quali parole contengono la *precisa* necessità di effettivamente vendere, e comperare.

Rispondo, che 'l patto è posto, dov' era da porre. Dopo di essersi detto, che intendeva il Finelli di effettivamente vendere, e 'l Granato di effettivamente comperare, soggiungesi immediatamente il patto: e le parole *senza replica, nè eccezione alcuna*, si riferiscono alla sola quantità del prezzo, che avrebbero gl' ingegnieri determinato, non alla libertà di eseguire, o non eseguire il contratto colla tradizione della masseria, e colla soluzione del prezzo. E poi, imponendo quel patto una pena *alla persona inosservante*, è da aversi come posto nel fine dell' albarano, perchè l' *inosservanza* comprende ancora il non volere uno de' contraenti *stare al sentimento* de' periti. E questo è quanto nel corto giro di un solo giorno ho saputo pensare, e scrivere in pro di D. Antonio Granato.

Di Casa nel dì 18 del mese di Settembre dell' anno 1766.

☞ Que-

☞ Questa quarta Allegazione porta l'epoca anteriore alla terza fatta in difesa del Principe D. Michele Pignatelli. E secondochè da questa quarta allegazione si rileva, il mio maestro D. Giuseppe Pasqual Cirillo sostenne per la prima volta, che chi ha promesso di vendere, o di comperare, se, potendo, adempir non voglia la promessa, si libera, offerendo l'*id, quod interest* a colui, che pretenda il preciso adempimento della vendita, o della compera. E questa opinione la sostenne con luoghi di Legge, e coll' autorità del Fabro, e del Noodt, cui io aggiungo altri ragguardevoli, e moderni Scrittori; cioè: *Alciat. ad L. un. Cod. de sent. quæ pro eo quod inter., Duar. de in lit. jur. num. 22. Donell. ad L. 4. Cod. de act. emt. Bachov. in trevult. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Voet ad pandect. lib. 19. tit. 1. num. 14. Goedd. de contr. stip. cap. 9. num. 65. & seqq. Gudelin. 3. de jur. noviss. cap. 7. Covar. 2. var. resol. cap. 19. num. 1. Christ. vol. 3. decis. 54. num. 6. decis. 61. num. 2. decis. 75. num. 5. Dom. Aulis. comment. ad pandect. tom. 2. in tit. de pignor. & hypoth. discussio* 3. §. 4. *& seqq.* Per l'opposto nell' additata terza allegazione, bene e nobilmente la contraria opinione sostenne. Ma di ciò non è da maravigliare nè punto nè poco, conciossiacosachè anche il grande Antonio Fabro fece il simigliante, e sul medesimo articolo fu egualmente incostante, siccome è da vedere ne' seguenti luoghi delle sue opere, *de error. pragmat. decad. 32. error. 4. num. 4. & conject. lib. 6. cap. 17. & decad. 85. error. 4.* dove *PALINODIAM CANTAT*: e nel suo Codice al titolo *de pactis, defin. 11.* rapporta una decisione del suo Senato contraria alla sua primiera opinione. E chi degli spositori delle Leggi, o de' Dottori Forensi, che si hanno per da molto, non è stato incostante? Ce n' ha di pochi: e infra tutti, il chiarissimo Giacomo Cujacio, può, solo, bastare per esempio, siccome ha mostrato il Merillio. Del resto, dove trattasi di articolo legale dubbio, e disputabile, è degna di scusa l' incostanza dell'Avvocato, secondochè per acconcissime ragioni insegnò il Cardinal de Luca nella sua opera del *Dottor volgare, tom. 5. par. 1. lib. 15. cap. 8. num. 17.* il cui luogo torna bene qui trascriversi: *Quando la causa consista in punto legale, il quale dipenda da questione dubbia, e disputabile, oppure, che sia materia oscura, e congetturale; in tal caso non entra questo dubbio* (cioè, se si possa difendere una causa contr' il proprio senso, o la propria opinione) *ancorchè a lui paja più vera un' opinione, che l' altra; e che, se fosse Giudice, giudicherebbe in contrario: e ciò per più ragioni: primieramente, perchè gli Avvocati, e i difensori non giudicano, nè sforzano, o consigliano il Giudice; ma solamente insinuano le Leggi, e le autorità, o le ragioni, che assistono a quella parte, che essi difendono, ficchè è peso del Giudice di vederle, e di considerare se sussistano, o no: maggiormente, che li difensori dell' altra parte, possano chiarire le fallacie: secondariamente, che la sua opinione può esser fallace, ficchè creda di aver torto, quando abbia ragione:*

ed

ed (all'incontro) d' avere ragione, quando abbia il torto, vincendosi le cause, che si crede doversi perdere: e perdendosi quelle, che si crede vincere, conforme insegna la pratica frequente, e cotidiana. E terzo, perchè negli articoli disputabili di ragione, o veramente nelle materie congetturali, o dubbie, non si dà una verità certa, per la gran varietà degli umani cervelli più volte accennata, in maniera che quello, che ad un paja bianco, ad un altro di eguale dottrina, ed integrità, o retta intenzione, parerà nero: e per conseguenza alla giornata si vede, che il Giudice di una istanza rivoca quello, che abbia fatto il Giudice dell' altra: anzi che i medesimi Giudici, anche in Tribunali grandi, e primarj, senza veruna alterazione, o mutazione di fatto, rivocano quello, che, non solamente una, e due, ma molte volte abbiano deciso. Dunque non deve il difensore rendersi lecito di fare il Giudice contro il proprio Cliente.

Domenico Bracale.

Per D. Domenico Viola contra D. Scipione de Majo.

ARGOMENTO.

I. Si dimostra, che quando i contraenti si rimettono a cosa, che in qualche tempo accaderà, senza prescriver certo tempo, devesi allora intendere, che abbian voluto rimettersi a quel, che sarebbe accaduto nel tempo più vicino dentro i confini dell'anno del contratto, e non oltre.

II. Si spone la *L. boves* 89. §. *hoc sermone* 1. *ff. de verb. signif.*

SOMMARIO.

1 LE *Leggi Romane variamente contano gli anni secondo la diversità della materia:* Vedi num. seg.

2 *L' anno del lutto, che principia dal dì della morte del ma-*

marito, era anticamente di meſi 10. *poſteriormente di meſi* 12.

3 *L'anno, per riſpetto de' frutti, quando principii, e quando finiſca. E ſe ſiaci fondo, che due volte l'anno produca i medeſimi frutti, a quanti meſi ſi reſtringa l'anno; e quando cominci, e quando termini:* Ved. i num. ſeg.

4 *Quando i contraenti ſi rimettono a coſa, che in qualche tempo accaderà, ſenza preſcriver certo tempo, di qual tempo debbaſi intendere, ſe del vicino, o del remoto:* Ved. i num. ſeg.

5 *Chi ha promeſſo il vino naſcente dalla ſua vigna: ſe nell'anno del contratto non è nata uva, e ſia nata nell'anno ſeguente, non è tenuto a dare il vino:* Ved. i num. ſeg.

6 *Chi promette i frutti del ſuo fondo, il quale produca due volte l'anno lo ſteſſo frutto, la promeſſa reſtringeſi alla prima, e non già alla ſeconda raccolta, che nell'iſteſſo anno ſi fa.*

8 *Nelle vendite, il prezzo dee eſſer certo.*

9 *Tutte le convenzioni degli uomini, anche giurate, s'intendono fatte,* rebus in eodem ſtatu permanentibus. *Della forza di queſta clauſola:* Ved. i num. ſeg.

10 *Per la vera interpetrazione de' patti, è da attendere il tempo in cui ſi fecero:* Ved. i num. ſeg.

11 *Se ad una donna ſienſi promeſſi annui duc.* 100. *colla clauſola,* dum nupta erit, *la promeſſa reſtringeſi alle prime, e non già alle ſeconde nozze:* Ved. il num. ſeg. *Si ſpone la* L. boves 89. §. hoc ſermone 1. ff. de verb. ſignif.

13 *La circoſtanza del tempo muta lo ſtato de' prezzi molto più, che per riſpetto di qualunque altra coſa.*

14 *In quali caſi la clauſola,* rebus in eodem ſtatu permanentibus, *non ſia operativa.*

15 *La vendita, che ſi faccia per quel prezzo, per cui altri venderà la medeſima merce, è condizionata.*

16 *Le condizioni, verificandoſi, ſi traggono in dietro.*

17 *La retrotrazione può aver luogo, rimanendo le coſe nel medeſimo ſtato: e mutato lo ſtato, non ha più luogo.*

ALLEGAZIONE V.

NEL dì 16. del meſe di Gennajo dell' anno 1754. ſi fece tra D. Domenico Viola, e D. Scipione di Majo un contratto di vendita, che nel libro mercantile del Viola è deſcritto così: *A 16. Gennaro ſi è fatta vendita al Sig. D. Scipione di Majo di balle 7. ſeta piana in peſo libre 1411. nette d' ogni rata a carlini 24. la libra, e ne abbiamo ricevuto l' importo: bensì reſta dichiarato, che il prezzo delle ſuddette ſete s' intenda eſſer quello, che farà la prima vendita il Sig. Marcheſe Barretta dal meſe di Aprile in avanti, di modo che ſe ſi farà la vendita dal ſuddetto Sig. Marcheſe meno de' ſuddetti carlini 24., reſtiamo noi tenuti rimborſare il di più al ſuddetto Sig. D. Scipione di Majo; e ſe ſi farà più, reſti tenuto eſſo D. Scipione pagare quel tanto di più, che ſi farà &c.* = *Scipione di Majo* = *Domenico Viola, e figli.*

Il Marcheſe Barretta fece la prima vendita nel dì 10. del meſe di Decembre, e ſeguentemente dopo quell' anno, nel quale il contratto ſi fece, poichè l' anno, per riſpetto della ſeta, era cominciato dal meſe di Luglio dell' anno 1753., e finito nel medeſimo meſe dell' anno 1754.: nè la ſeta venduta dal Marcheſe Barretta era ſeta dell' anno del contratto, ma ſeta della nuova raccolta venutagli dal ſuo feudo di Simeri: e ne rendono teſtimonianza il di lui *complimentario* D. Gennaro Fago, e 'l Regio mezzano Felice Aniello di Biſogno.

Or' avendo il Marcheſe Barretta venduto la ſeta a prez-

prezzo minore, cioè, a carlini 20. e gr. 3. la libra, crede il Majo, che, dovendosi attendere, in virtù del patto, cotesta prima vendita fatta dal Marchese Barretta, gli abbia il Viola a restituire ducati 522. 7., quanto aveva egli pagato di più; e gli abbia parimente a rifar l' interesse. Crede, per contrario, il Viola, che sebbene non si fosse nel contratto espressamente determinato il tempo, dentro cui la prima vendita si dovea fare dal Marchese Barretta, nondimeno per legali presunzioni, e per congetture della volontà de' contraenti, si debba quel patto restringere alla prima vendita, che avrebbe fatta il Marchese Barretta in quello stesso anno, in cui si fece il contratto. A favore del Majo ha giudicato la Corte della nobil'arte della seta, condannando il Viola a pagare al Majo i suddetti duc. 522. 7. coll' interesse al 6. per 100. dal dì del contratto fino al dì del deposito, che ne avea fatto il Viola. Ma è da sperare, che a favor del Viola abbia da giudicare, come giudice d' appellazione, il S. Consiglio, per le cose, che son per dire.

Ma primachè si mostri, che l' intenzione de' contraenti fu di rimettersi alla prima vendita, che avrebbe fatta il Marchese Barretta dentro l' anno del contratto, convien, che si mostri, che nella causa presente l' anno non è l' anno 1754., che cominciò dal mese di Gennajo, e finì nel mese di Decembre, poichè, contandosi a cotesto modo la vendita fatta dal Marchese Barretta, si sarebbe fatta dentro l' anno del contratto; ma deve esser l' anno, che cominciò dal dì 22. del mese di Luglio dell' anno 1753., e finì nel dì 22. del medesimo mese dell' anno 1754., nel qual mese, e giorno si fa, come tutti sanno, la voce della seta. Le Leggi Romane variamente contano gli anni secondo la diversità della materia. Così l' anno del lutto, fino a' tempi dell' Imp. 1 2

Teodosio di soli 10. mesi, dopo Teodosio anche di 12. (a), comincia dal dì della morte del marito (b). Così ancora per rispetto de' frutti, comincia dal tempo della raccolta, e finisce nell'altra: anzi, se ci sia fondo, che produca due volte l'anno i medesimi frutti, l'anno, per rispetto di que' frutti, restringesi a soli sei mesi, e comincia dalla prima, e finisce nella seconda raccolta: *Quod in anno dicitur*, sono parole di Ulpiano (c), *potest dici & in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur*: sul qual luogo scrivono il Zasio (d), e 'l Gotofredo (e): *Hic pars anni est annus propter fructus*.

3

Posto ciò si venga alla controversia. Di quel, che nel termine si è deposto circa l' intelligenza del patto da' testimonj dall' una, e dall'altra parte prodotti, non è da tenere alcun conto. La controversia è di mera Legge, e non altrimenti, che per le regole legali si dee diffinire. E' regola di Legge, che quando i contraenti si rimettono a cosa, che in qualche tempo accaderà, senza prescriver certo tempo, s'intende allora, che abbian voluto rimettersi a quel, che sarebbe accaduto nel tempo più vicino dentro i confini dell' anno del contratto, e non oltre. Se io fo teco una stipulazione nel mese, a cagion d' esempio, di Febbrajo, e mi fo prometter da te 10. nelle calende del mese di Maggio, senza che l' anno si esprima; certamente l' intenzion nostra è di designare le calende del primo Maggio, che verrà nel solo anno del contratto, non nell' anno seguente. Così de-

4

cide

(a) *L. 2. C. de sec. nupt.*

(b) *d. L. 2. Ovid. 1. fast.*

(c) *In L. fructus 7. §. quod in anno 6. ff. solut. matrim.*

(d) *In d. §. quod in anno, num. 9.*

(e) *In d. §. num. 16.*

cide Ulpiano (*a*): *Dicendum eſt, primas calendas ſpectandas*. La ragione è queſta. Se 'l parlare indefinito de' contraenti non ſi reſtringeſſe alle prime calende dell' anno del contratto, non potrebbe la ſtipulazione nè cominciare, nè finire; poichè, non eſſendoſi deſignato certo tempo, non ci ſarebbe ragione, per cui ſi doveſſe pretendere il pagamento, più toſto in quel primo anno, che in alcun' altro degli anni ſeguenti: *Aliter obſervantibus*, dice il Gotofredo (*b*), *quod initium, quisve finis ſtipulationis ſumeretur? Igitur contrahentes videntur intelleziſſe, quod primum illis occurrere poterat*. Di queſta regola uſaron molto acconciamente il Rebuffo, e 'l Caſaregi in due caſi ſimigliantiſſimi al noſtro. Il caſo propoſto, e deciſo dal Rebuffo, è queſto. Ti ho promeſſo una certa 5
quantità di vino da' frutti di queſta, o di quella mia vigna. Nell'anno del contratto non è nata uva in quella vigna: ma ben n' è nata nell' anno ſeguente. Sono io tenuto di darti il vino dell'uva dell'anno ſeguente? No, dice il Rebuffo (*c*): ***Si promittam tibi dare modium vini ex fructibus talis vineae, intelligitur de fructibus, qui primo naſcentur: quod ſi nullos fructus habuerim IN PRIMO ANNO, non teneor ex fructibus SEQUENTIS ANNI dare***. Lo ſteſſo avean prima inſegnato il Bartolo, il 6
Baldo, e 'l più degli interpetri delle Leggi (*d*): anzi erano eſſi andati anche più in là, dicendo, che ſe 'l mio fondo è tale, che produca due volte l'anno lo ſteſſo frutto, la promeſſa non ſi eſtende a tutto l' anno, ma reſtringeſi alla prima raccolta, che in quell' anno ſi fa:

Così

(a) *In L. eum qui* 41. *de verb. obl.*

(b) *In d. L.* 41. *num.* 38.

(c) *In L. boves, §. hoc ſermone de verb. ſign. pag.* 388. *col.* 2.

(d) *In d. L. divortio, §. quod in anno.*

Così leggo nelle *addizioni* a Bartolo (*a*): *Item dixit Bartolus, quod ſi promitto tibi fructus talis fundi, qui bis in anno tibi naſcebantur, tantum intelligitur de primis.* Il
7 caſo trattato dal Caſaregi, è queſto. Avea Lorenzo Morganti data ad alcuni mercadanti, cognominati *Gismondi*, la ſeguente commeſſione (*b*): *Piacciavi alla conceſſione delle tratte di provvedermi di* 800. *in* 1000. *ſalme di grano*. Non aveva eſpreſſo il Morganti *le prime tratte*. Avvenne, che i Gismondi comperarono, e trasmiſero alcune centinaja di ſalme *alle prime tratte*, alcune altre *alle ſeconde* (*c*). Il Caſaregi, ſcrivendo da giudice, non da avvocato, dimoſtrò, che per le *ſalme di grano delle ſeconde tratte*, non ſi era eſeguito il mandato, tuttochè non aveſſe il mandante deſignate le prime tratte: *Si dee conſiderare*, e' ſcrive (*d*), *la regola, per la quale comunemente c' inſegnano i Dottori, che quando ſi parla di qualche atto, ſi debba ſempre intendere del primo, e non del ſecondo* (*e*), *e che l' obbligazione s' intenda ſempre riſtretta al tempo più vicino*. Or ſe ne' propoſti caſi, in virtù della ſuddetta regola di Legge, il tempo indefinito reſtringeſi al tempo dentro l'anno del contratto, e potendoſi più tempi conſiderare dentro lo ſteſſo anno, al tempo più vicino; non altrimenti, nel caſo noſtro, il patto, onde ſi obbligarono i contraenti di ſtare alla prima vendita, che avrebbe fatta il Marcheſe Barretta, ſi dee reſtringere a quella prima vendita, che potea farſi dentro l' anno del contratto, cioè, ſino al dì 22. del meſe di Luglio, non avendo il Marcheſe Barretta vendu'a ſeta

ſino

(a) *In d.* §. *hoc ſermone.*
(b) *De commerc. diſc.* 119. *num.* 15.
(c) *Num.* 3.
(d) *Num.* 12.
(e) *Num.* 14.

ſino a quel dì, il patto, dopo quel giorno, più non valſe per nulla.

A confermazione delle coſe già dette, è quì da oſſervare, che 'l prezzo nelle vendite, dee per Legge eſſer 8
certo (*a*): ma dovendo la certa eſtimazion della ſeta, dal Viola venduta al Majo, dipendere dalla prima vendita, che avrebbe fatta il Marcheſe Barretta, quandochè coteſta vendita non ſi reſtringa a tempo determinato, potrebbe il prezzo eſſere incerto per tutta la vita del ſuddetto Marcheſe: il che, quando da' contraenti non ſi ſia eſpreſſamente voluto, non par conforme alla Legge ordinante nelle vendite la certezza del prezzo, e ſeguentemente dee quella incertezza, come alle Leggi odioſa, reſtringerſi il più che ſi può.

E' parimente regola di Legge, che tutte le con- 9
venzioni degli uomini, anche giurate, s'intendon fatte, *rebus in eodem ſtatu permanentibus*. Il Barboſa, eſaminando la forza della clauſula, *rebus ſic ſtantibus*, che vale lo ſteſſo, dice (*b*): *Haec clauſula regulariter intelligitur in quacumque diſpoſitione, obligatione, & promiſſione, vel pacto, etiam juramento firmatis*: quinci deduce, che 10
per la vera interpetrazione de' patti, è da attendere lo ſtato delle coſe nel tempo, in cui ſi fecero (*c*): *Unde promiſſio debet intelligi ſecundum ſtatum, qui tempore promiſſionis vigebat*. Si trae coteſta regola da molti luoghi 11
de' libri della Legge, tra' quali è notevoliſſimo un luogo del giuriſconſulto Pomponio (*d*): *Hoc ſermone, DUM NUPTA ERIT, primae nuptiae ſignificantur*. Prendendoſi la

(a) §. 1. *Inſt. de emt. & vend.*

(b) *De clauſul. cap. 129. num. 2.*

(c) *Num. 4.*

(d) *In d. L. boves* 86. §. *hoc ſermone* 1. *ff. de verb. ſign.*

la particella *dum* nel ſignificato di *donec*, o di *quamdiu*, nel qual ſenſo la preſe, contr'a ciò, che altri ne ſcriſſe, il dottiſſimo Andrea Alciati, così ſi finge il caſo del teſto. Promiſe Tizio 100. ducati l'anno ad una donna, che nel tempo della promeſſa era già maritata, e glieli promiſe ſino a che foſſe maritata. Morto il coſtei marito, reſtò vedova la donna: ed ecco, che più non ſe le doveano i ducati 100. Si rimaritò poi la donna; ed ecco il dubbio, ſe nuovamente ſe le doveſſero. Parea, che foſſe da dir di sì, perchè non eraſi la promeſſa eſpreſſamente riſtretta alle prime nozze: e le parole, *dum nupta erit*, comprendeano, ſecondo la proprietà del parlare, anche le ſeconde; ma diſſe di no Pomponio, perchè a tutte le convenzioni degli uomini, ſi ha per appoſta la clauſula, *rebus in eodem ſtatu permanentibus*. La promeſſa fu fatta alla donna nel tempo delle prime nozze; e tuttochè le ſeconde foſſero egualmente nozze, che le prime, nondimeno lo ſtato del tempo delle ſeconde, non era del tutto lo ſteſſo, che lo ſtato del tempo delle prime. Per
12 argomento tratto dal teſto di Pomponio, riſolvono il più de' Dottori, tra' quali è 'l Wiſenbachio, un bel dubbio. Un marito legò nel ſuo teſtamento alla moglie, il cui nome non eſpreſſe, un ſuo fondo. Premorì la moglie, e tolſe nuova moglie il marito: e, ſuperſtite la ſeconda moglie, morì ſenza mutare il teſtamento. Si dubita, ſe ſi debba alla ſeconda moglie il legato. Riſponde il Wiſenbachio (*a*): *De prima uxore maritus cogitaſſe creditur, non de ſecunda, arg. hujus* §., ch'è 'l luogo di Pomponio. E pure, convenendo il nome di *moglie*, ſotto il qual nome eraſi laſciato il legato, alla ſeconda non men, che alla prima; e non eſſendoſi mutato il teſtamento, parea, che 'l legato ſi doveſſe anche alla ſeconda. Ma ſi era mu-

(a) *In tit. de verb. ſign. d. §. hoc ſermone.*

mutato lo ſtato del tempo del teſtamento. Lo ſteſſo è da dire nel noſtro caſo. Suſtanzial differenza non ci è tra la prima, e la ſeconda raccolta della ſeta, perchè ſeta della ſteſſa ſpezie è quella, che ſi vendè dal Viola, che quella, che fu poi venduta dal Marcheſe Barretta; come ſuſtanzial differenza non ci è tra le prime, e le ſeconde nozze, perchè così queſte, come quelle, ſono un contratto della medeſima ſpezie inducente, ſecondo il comun penſare degli uomini, il medeſimo ſtato: anzi ci è nel caſo noſtro un divario, che non ci è nel caſo di Pomponio. Nel caſo noſtro, la ſeta della prima raccolta venduta dal Viola, non è *individualmente* la ſteſſa, che la ſeta della ſeconda raccolta venduta dal Marcheſe Barretta: nel caſo di Pomponio, è la donna nelle prime nozze *individualmente* la ſteſſa, che nelle ſeconde. Dunque la ſola circoſtanza del tempo fa, che ſi muti lo ſtato; e per conſeguente, dovendoſi il patto intendere ſotto la condizione, *ſe non ſi muti lo ſtato delle coſe*, non può comprendere la vendita della ſeta del ſecondo tempo. Si aggiunge, che la circoſtanza del tempo, muta lo ſtato per riſpetto de' prezzi molto più, che per riſpetto di qualunque altra coſa: *Juſta pretia*, dice Calliſtrato (a), *non ex praeterita emtione, ſed ex praeſenti aeſtimatione conſtitui:* e la cotidiana ſperienza ci moſtra, che nelle nuove raccolte delle ſete ne creſcono, o ne ſcemano i prezzi. 13

Interpetrato a coteſto modo il patto appoſto alla vendita fatta dal Viola, agevolmente s' intende, quanto ſia falſo quel, che dicono il Majo, e i teſtimonj da lui prodotti, che vollero i contraenti *ſperimentare la loro fortuna d' una fertile, o infertile raccolta* dell' anno ſeguente. Se ciò foſſe vero, ſarebbe da dire, che vollero i con-

(a) *In L. 3. §. Divi 5. ff. de jur. fiſc.*

i contraenti obbligarsi, anche mutato lo stato delle cose.
14 Ma tanto è lontano, che ciò si presuma per Legge, che anzi è necessario ad indurre un tal' obbligo, che i contraenti espressamente dicano d' obbligarsi, anche mutato lo stato delle cose, o che si usino almeno clausule universali denotanti qualunque tempo avvenire. Il Barbosa, dopo avere insegnato, che la soprammentovata clausula s' intende apposta a tutte le umane convenzioni, soggiunge (a): *Non subsistit haec clausula, quando partes disposuerunt, etiam mutato rerum statu....sicut perdit officium suum in dispositione verbis universalibus concepta, in qua veniunt praesentia, & futura.* Il Viola, e 'l Majo, non si obbligarono, *anche mutato lo stato delle cose;* nè usarono alcuna clausula universale, dicendo, per esempio, di rimettersi alla prima vendita, che avrebbe fatta il Marchese Barretta *in qualunque futuro tempo;* ma semplicemente dissero, *dal mese di Aprile in avanti:* la quale è formola di tempo indefinito, equivalente a quella del giurisconsulto Pomponio, *dum nupta erit*, che non si estende, secondochè si è detto, oltre lo stato delle cose del tempo della promessa.

Posto che si muti, come certamente si muta, lo stato per la nuova raccolta, nasce a favor del Viola una nuova fortissima ragion legale. Essendo necessaria, per la validità della vendita, la certezza del prezzo, necessariamente ne segue, ch' essendosi i contraenti rimessi alla prima vendita, che avrebbe fatta il Marchese Barretta; fatta cotesta vendita, il prezzo della seta del Marchese Barretta, in virtù di legal *retrotrazione*, si abbia a considerare come prezzo convenuto tra 'l Viola, e 'l Majo nel tempo del contratto. Di ciò non si può du-
15 bitare. La vendita fatta per quel prezzo, per lo quale altri

(a) *Dict. cap. 129. num. 6.*

altri venderà la medesima merce, è simigliantissima alla vendita fatta per lo prezzo, che altri determinerà: la qual vendita certamente è condizionata (*a*): e si sa, che le condizioni, verificandosi, si traggono in dietro. Or ec- 16
co la gran ragione a favor del Viola. Dovendosi il prezzo, per cui avrebbe venduto il Marchese Barretta, in virtù di legal *retrotrazione*, ricorrere al tempo del contratto fatto tra'l Majo, e'l Viola, la vendita dal Marchese Barretta dovea farsi dentro l'anno del contratto, e prima della nuova raccolta; poichè, mutandosi per la nuova raccolta lo stato, non poteva aver più luogo la *retrotrazione*. E cosa indubitata appresso i nostri Dotto- 17
ri, che può la *retrotrazione* aver luogo, rimanendo le cose nel medesimo stato; e che, mutato lo stato, non ha più luogo: *Retrotractio admittitur*, sono parole del Costa (*b*), *quando omnia sunt in eodem statu, desinit autem mutatis rebus.*

E non è da omettere una congettura della volontà de' contraenti. Perchè fecero il Viola, e 'l Majo quel patto? E' molto verisimile, che l'avesser fatto, perchè l'uno credea, che la seta in quel tempo valesse più, l'altro credea, che valesse meno. In quel dubbio deliberarono di rimettersi alla prima vendita, che avrebbe fatta il Marchese Barretta. Dunque l'intenzione de' contraenti fu di stabilire a quel modo il prezzo di quel tempo, e seguentemente il prezzo della seta di quella raccolta.

Finalmente, quando sia dubbia la mente de' contraenti, assi ad attendere la giustizia del contratto. La seta fu dal Viola venduta al Majo carlini 24. la libra. Era questo, a quel tempo, un prezzo non solo giusto, ma

(a) §. 1. *Inst. de emt. & vend.*
(b) *De retrotract. cap. 7. num. 3.*

vantaggioso ancora pel compratore, che 'l dì d' appresso rivendè la stessa seta un carlino di più per libra.

Queste poche cose ho potuto pensare, e scrivere in pro dell' onestissimo D. Domenico Viola nel cortissimo spazio di due soli giorni.

Di casa il dì 23. dell'anno 1760.

Per D. Vincenzo, e D. Cesare Perreca contra gli eredi di D. Michele Masiello, e di D. Vincenza Perreca.

ARGOMENTO.

I. L' azione nascente dal patto della ricompra, soggiace alla prescrizione di anni trenta, tuttochè il patto siasi concepito con clausole denotanti perpetuità ed infinità; tranne però, dove espressamente siasi convenuto, che 'l jus della ricompra dovesse estendersi oltre gli anni trenta.

II. Alla prescrizione non si può rinunziare: e nulli sono i patti, onde vogliasi, che le prescrizioni non corrano.

SOMMARIO.

1 *L'azione nascente dal patto della ricompra, soggiace alla prescrizione di anni 30., tuttocchè il patto siasi concepito con clausole denotanti perpetuità ed infinità:* Ved. i num. seg. e i num. 14. 15. 18. seg. e 22. *Si limita questa massima, dove espressamente siasi convenuto, che 'l jus della ricompra dovesse estendersi oltre gli anni*

anni 30. Ved. d. num. 14. e 15.

2 *Il jus della ricompra, è un' azione, che naſce dal patto.*

3 *L' azione naſcente dal patto, è azione perſonale, la quale preſcriveſi per lo ſpazio di anni* 30.

4 *Della diſtinzione degli atti facoltativi: e quali ſieno i preſcrittibili, e quali gl' impreſcrittibili:* Ved. i num. 5. e 6.

7 *Alla preſcrizione non ſi può rinunziare: e nulli ſono i patti, onde vogliaſi, che le preſcrizioni non corrano:* Ved. i num. ſeg.

8 *Qual ſia la regola da conoſcere, a qual dritto ſi poſſa validamente rinunziare, e a quale no.*

9 *Se giuſte, od ingiuſte ſieno le uſucapioni, e le preſcrizioni.*

10 *Non può rinunziarſi al giuramento della calunnia.*

11 *Per dritto antico, le rinunzie, che i teſtatori promettere facevano dagli eredi, non ſi ſoſtenean per Legge.*

12 *Al padre è vietato di vendere i beni materni del figlio: ma contr' il figlio può 'l compratore opporre la preſcrizione di anni* 30., *e non già quella di tempo più breve.*

13 *La preſcrizione di anni* 30., *ha un certo che di ſpezial favore; onde da* Caſſiodoro *fu detta* patrona humani generis.

16 *Il Compratore non prima è tenuto di retrovendere, che 'l venditore gli abbia denunziato di voler ricomprare, e abbiagli offerto il prezzo.*

17 *Qual ſia la ragione, onde l' erede preſcrive contr' al legatario, anzichè coſtui accetti il legato.*

18 *I Notai uſano in iſcrivendo moltiſſime parole, che nulla ſignificano. Queſto difetto, ſebben più raro, era anche de' tempi de' Giuriſconſulti Romani.*

19 *Le coſe ſuperflue non noccion giammai. Anche ne' tempi antichi eſprimevanſi nelle ſcritture alcune coſe, le quali, anche non eſpreſſe, così doveanſi intender per Legge.*

20 *L'*

20 *L' eſpreſſione di quelle coſe, che tacitamente ſi comprendono, e s' intendono, niente opera.*

21 *Il jus di ricomprare (ſecondo l' opinione di alquanti Dottori) preſcrivesi per anni dieci.*

ALLEGAZIONE VI.

DA Vincenzo Perreca nel dì 12. del meſe di Giugno dell'anno 1690. comprò da D. Michele Maſiello, e D. Vincenza Perreca, un fondo di moggi due per duc. 200. Si appoſe nell'iſtrumento l' eſpreſſo patto, *che ogni volta, che detti magnifici Michele, e Vincenza, e loro eredi, e ſucceſſori, ſenza darſi preſcrizione di tempo*, offeriſſero i ſuddetti duc. 200. al Perreca, od a' di coſtui eredi, e ſucceſſori, foſſero eſſi tenuti *di ricevere* il prezzo, e *reſtituire* il fondo.

Dall' anno 1690., in cui quell' iſtrumento ſi fece, ſino all' anno 1756., il venditore, e i di lui eredi, ſi tacquero. La prima volta nel ſuddetto anno 1756. venne loro in mente di eſercitare il patto della ricompra. Ritorſero nella R. Corte di Capoa; ma 'l dottiſſimo Sign. Conſigl. D. Giuſeppe Romano, Governadore di quella Città, avviſando, che per lo decorſo di ben 66. anni, eraſi l' azion de' Maſiélli preſcritta, aſſolvè D. Vincenzo, e D. Ceſare Perreca poſſeſſori del fondo, ed eredi del compratore.

Gravatiſi di sì giuſto decreto D. Michele, ed altri di Maſiello nella G. C. della Vicaria, deferì queſta al gravame, e ſeguentemente condannò D. Vincenzo, e D. Ceſare a rilaſſare il fondo. Ma, eſſendoſi dallo Spettabile Signor Preſidente del S. Conſiglio, ad iſtanza de' miei clienti, ordinato, che la medeſima G. Corte provvedeſſe di giuſtizia, *reaſſumptis actis*, ſperano D. Vincenzo, e D. Ceſare, che la ſteſſa G. Corte, che gli condannò,

per-

perchè non furono essi convenevolmente difesi, gli abbia oggi ad assolvere.

Comunemente da' Dottori s' insegna, che l' azione 1
nascente dal patto della ricompra, soggiace a prescrizione. Di cotesta comune opinione, secondo cui si è mai sempre giudicato ne' più riguardevoli Tribunali di Europa, testimonianza ci rendono il Tiraquello (*a*), il Covarruvia (*b*), il Perezio (*c*), ed altri ben molti. La ragione, in cui si appoggia, è tratta da chiare ed espresse disposizioni di Legge. Non è da dubitare, che 'l jus, onde il 2
venditore obbliga il compratore a restituirgli la cosa venduta, sia un' azione, che gli nasce dal patto, che nell' istrumento della vendita si appone: e ciò tanto è vero, che *azione* il chiama l' Imperadore Alessandro (*d*); soggiungendo essere o l' azione propria del contratto, al quale il patto si appone; cioè, l' azione *ex vendito*, o l'azione *praescriptis verbis*; delle quali due azioni diffusamente, e dottamente ha scritto il Mantica (*e*). Che se dal patto nasce cotesta azione, esser dee necessariamente 3
azion personale (*f*): e, come tale, prescrivesi per lo spazio di 30. anni. Così gl' Impp. Onorio, e Teodosio (*g*): *Si persona qualicumque actione pulsetur, erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda*. La parola *persona*, e la parola *qualicumque*, mostran ben chiaro, non esserci azion per-

(a) *De retract. lib. 2. §. 1. glos. 2. num. 7. & 29.*

(b) *Var. res. lib. 1. cap. 9.*

(c) *In tit. Cod. de pact. inter. emt. & vend. n. 23.*

(d) *In L. si fundum 2. C. de pactis int. emt., & vend.*

(e) *De tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 32. num. 1. 6. & seqq.*

(f) *Inst. lib. 4. tit. 6. §. 1.*

(g) *In L. sicut 3. C. de praescr. 30. ann.*

perſonale, che non ſoggiaccia alla preſcrizione di 30. anni.

4 Ed invano oppone il dotto Contraddittore quel comun detto de' noſtri Dottori, non preſcriverſi mai gli atti meramente *facoltativi*. Coteſto comun detto, è vero. Fatto ſta, che bene s' intenda, quali mai ſieno coteſti atti. Se per atti meramente *facoltativi* credeſſe taluno eſſere da intender quelli, de' quali ha l' uomo la libertà di uſare, nè altrimenti ne uſa, che volendo; ne ſeguirebbe, eſſer' atti *facoltativi* tutte le azioni; ed in conſeguenza non eſſerci azione ſoggiacente a preſcrizione. E ſi è inteſa mai coſa più ſconcia? Appunto perchè ſono le azioni atti meramente volontarj, ſoggiacciono a preſcrizione: ed a preſcrizione non ſoggiaccion l' eccezioni, appunto, perchè non può 'l reo opporle, quando gli piac-
5 cia. E' dunque da diſtinguer coſa da coſa. Diſtinſe il Baldo (*a*) le coſe, che ſono *facultatis publicae*, dalle coſe, che ſono *facultatis privatae*. Preſcrittibili, ſecondo lui, ſono queſte ſeconde: impreſcrittibili quelle prime. E di fatti, in quel luogo del jus civile, donde quel comun detto da' Dottori ſi è tratto, ſi parla di coſe, le quali ſono di pubblica facoltà: *Viam publicam*, ſcrive Giavoleno (*b*), *populus, non utendo, amittere non poteſt*. Ma
6 molto meglio diſtinſe il Covarruvia. Degli atti *facultativi*, e' dice, alcuni ſono di mero fatto, alcuni dipendono dalla Legge, quali ſono, il jus di adire l'eredità, il jus di ricomprare, e generalmente tutte le azioni. Impreſcrittibili ſono gli atti del primo genere, perchè le coſe di mero fatto non ſono dipendenti dalla Legge, che le preſcrizioni introduſſe: preſcrittibili ſono gli atti del ſecondo genere, come dipendenti da quelle regole, che

per

(a) *In L. licet C. de jur. delib.*

(b) *Id L. 2. ff. de via pub. & itin. pub.*

per pubblico bene la Legge ha prescritte (*a*): *Haec prima ratio* (sono parole dell'avvisato Covarruvia, trattante appunto del jus di ricomprare) *obtinet in his, quae sunt merae facultatis, & ad factum pertinent: non sic idem erit in his, quae juris sunt, & ex aliquo jure competunt, sicuti jus adeundi, quod, secundum communem omnium interpretationem, 30. annorum praescriptione extinguitur; competit enim haec facultas redimendi rem venditam jure quodam, quod ei ex conventione adquisitum est: & ideo, ut jus adeundi tollitur, ita & istud tolli potest 30. annorum spatio*.. Si spieghi anche meglio quel, che intese il Covarruvia di dire. Ha egli per atti *facoltativi*, non soggiacenti a prescrizione, que' soli atti, che sono di mero fatto; cioè, di un fatto del tutto disgiunto dal jus, onde non ne nasca azione da obbligar taluno a fare. Al contrario, non ha per *facoltativi* quegli atti, che, sebbene da un fatto dipendano, non però di meno, dipendono da un fatto, dal quale, perchè non è disgiunto dal jus, nasca altrui azione. Mero fatto è 'l venire, che, non precedente convenzione, fa taluno al mio molino: e perciò, se più non gli piaccia di venirci, io obbligar nol posso: e tuttochè per 30. anni ci sia venuto, non ci ha luogo a prescrizione. Che se ci è stata tra noi convenzione, avvegnachè sia anche questa un fatto, posso io obbligarvelo, perchè non è un fatto mero; ma un fatto, donde la Legge fa nascere azione.

Ma, dice l'Avversario, che nell'istrumento della compera rinunziò D. Vincenzo Perreca alla prescrizione, obbligandosi di *restituire il fondo ogni volta, che gli si offerisse il prezzo, senza darsi prescrizione di tempo*.

Egli è questa (rispondo io) una promessa, che, come contraria alle Leggi, non obbliga. Ci sono, nol ne- 7

(a) *In d. cap. 9. num. 2.*

go, Dottori, i quali han creduto, potere i contraenti validamente rinunziare alla prescrizione, anche di 30. anni. Ed o quanti, e quanti Dottori, e quanto più di loro autorevoli, potrei loro opporre, se di un jus dubbio si trattasse! Ma di un jus certo ed indubitato si trattá.

8 La regola da conoscere a qual diritto si possa validamente rinunziare, a qual no, ci vien data con sicurezza dal giurisconsulto Papiniano, e dall' Imperador Giustiniano. Scrive il primo (*a*): *Jus publicum, privatorum pactis mutari non posse.* Scrive il secondo (*b*): *Omnes licentiam habere his, quae pro se indulta sunt, renunciare.* Al diritto introdotto per pubblico bene, non si può validamente rinunziare; e, per l' opposito, ben si può rinunziare al diritto introdotto per privata utilità. Le usuca-

9 pioni, e le prescrizioni, se si riguardi la privata utilità, sono certamente ingiuste, come quelle, che ci fan perdere un jus acquistato, senza che noi il vogliamo: tanto è lontano, che per privata utilità sieno state introdotte; ma, se si riguardi la pubblica utilità risultante dalla sicurezza de' dominj, e dal fine delle sollecitudini, e delle liti, sono giustissime, e da ritenersi in ogni ben ordinata Repubblica. E chi non sa, che per pubblico bene furono esse dal jus Civile introdotte? *Bono publico* [espressamente cel dice il giurisconsulto Cajo (*c*)] *usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, & fere semper incerta dominia essent.* Se così è, come può sostenersi il patto, onde i contraenti rinunziano alla pre-

10 scrizione? Al giuramento *propter calumniam*, non possono per Legge i litiganti tacitamente, od espressamente rinunziare, perchè fu dalla Legge introdotto *non pro com-*

(a) *L. jus publicum* 38. *ff. de pact.*
(b) *L. si quis* 51. *C. de Episc. & Cler.*
(c) *In L.* 1. *ff. de usurp. & usucap.*

commodo privatorum, ſed pro communi utilitate, come parla Giuſtiniano (*a*): e pure molto men queſto, che la preſcrizion di 30. anni al pubblico bene conduce. Nè tanto, quanto coteſto giuramento, la detrazion della falcidia alla Repubblica importa: e pure, primachè per- 11
metteſſe Giuſtiniano a' teſtatori di proibirla (*b*), non ſi ſoſtenean per Legge le rinunzie, che della falcidia facean i teſtatori prometter dagli eredi (*c*), poichè eraſi la falcidia introdotta per lo pubblico bene de' teſtamenti. Stando così la coſa, chi vuole aver per buone le rinunzie delle preſcrizioni, è meſtier, che confeſſi, eſſer quelle introdotte per privata, e non per pubblica utilità contro a ciò, che Cajo inſegna con quelle parole, che giova quì di ripetere: *BONO PUBLICO uſucapio introducta eſt.*

Riſpondo ancora, che quando anche ſi conceda, poterſi rinunziare alle preſcrizioni, la rinunzia eſſer dovrebbe non già *ſpeziale*, qual' è quella, che all' iſtrumento ſi appoſe, *ſenza darſi preſcrizione di tempo;* ma *ſingolare;* qual ſarebbe queſta: *ſenza darſi preſcrizione nè meno di 30. anni.* Io produrrò, a ciò provare, un luogo belliſſimo de' Libri della Legge. Proibiſce l' Imp. Goſtan- 12
tino (*d*) a' padri di vendere i beni materni de' figli: ed inſinua al compratore, che badi a ben cautelarſi: *quia nullam poterit praeſcriptionem opponere filiis quandocumque rem ſuam vindicantibus.* Si noti, come ben corriſpondano le parole dell' iſtrumento alle parole di Goſtantino. Nell' iſtrumento ſi dice: *ogni volta*, e *ſenza darſi preſcrizione di tempo:* appreſſo Goſtantino ſi legge: *nullam*

(a) *In L. 2. §. 4. C. de jurejur. propt. calum. V. Perez. in cit. tit. Cod. num. 10.*

(b) *Nov. 1. cap. 2.*

(c) *L. quod bonis 15. §. 1. ad L. Falc.*

(d) *In L. 1. C. de bon. mater.*

poterit praescriptionem opponere filiis quandocumque rem suam vindicantibus. Alla parola dell' istrumento, *ogni volta*, corrisponde la parola della Legge, *quandocumque*: a quelle altre, *senza darsi prescrizione di tempo*, corrispondon queste, *nullam poterit praescriptionem opponere*. Or mi dica l'Avversario, se, vendendo il padre i beni materni de' figli, possa opporsi a costoro dal compratore la prescrizion di 30. anni? Non ci è Dottore, che 'l neghi. Insegnan tutti, che le parole di Gostantino, *nullam praescriptionem*, e *quandocumque*, comechè escludano le altre
13 prescrizioni di tempo più breve, non escludon però la prescrizione di 30. anni; la quale ha un certo che di spezial favore, onde della medesima parlando in una sua *Novella* l'Imperador Valentiniano, dice, che per essa l'Imperador Teodosio, il quale ne fu l'autore, *humano generi profunda quiete prospexit*: e di essa ancora, parlando Cassiodoro, la chiama *humani generis patrona* (*a*). Così l'accuratissimo Accursio, sponendo le parole di Gostantino, *nullam praescriptionem*, notò (*b*), *nisi 30. annorum*: e così maestrevolmente il Cujacio (*c*): *Si quid pater alienaverit, postea filio rem vindicanti nulla obstabit praescriptio longi temporis: praescriptio triginta annorum, quae a Cassiodoro dicitur PATRONA HUMANI GENERIS, obstabit*. Or dovendosi interpetrare le parole de' contraenti, come s' interpetrano le parole delle Leggi, a cui è da credere, che voglian coloro uniformarsi; ne segue, che, siccome le parole della Legge, *nullam praescriptionem*, non escludono la prescrizion di 30. anni, così non la escludano le parole dell' istrumento, *senza darsi prescrizion di tempo*.

Era

(a) *V. Cujac. in paratit. ad tit. Cod. de praescrip. 30. ann.*
(b) *In d. L. 1. Cod. de bon. mater.*
(c) *In lib. 6. Cod. tit. 60. tom. 9. edit. Neap. p. 930. lit. G.*

Era dunque neceſſario, che nell' iſtrumento eſpreſſa- 14
mente ſi diceſſe, ch' era D. Vincenzo Perreca obbligato di reſtituire il fondo, anche quando gli ſi offeriva dal venditore il prezzo dopo 30. anni. Ma, non eſſendoſi nominatamente eſpreſſa, e rinunziata la preſcrizion di 30. anni, queſta non ſi aveva per compreſa in quelle parole; poichè, quando i contraenti eſpreſſa menzione non facciano di quella preſcrizione, non ſi può mai dire, che chiaramente coſſi aver' eſſi voluto rinunziarla, potendoſi, anzi dovendoſi, nel dubbio, preſumere, che abbian voluto contrarre ſecondo la diſpoſizion della Legge, ſecondo cui tutte le generali clauſule, denotanti perpetuità ed infinità di tempo, ſi reſtringono a ſoli anni trenta: il quale ſpazio di tempo ne' libri della Legge, *perpetuo* ſi chiama. Queſta è la più comune, e la più ricevuta ſentenza, per teſtimonianza del Graziano (*a*): *In diſceptatione illa multum per Doctores controverſa, an pactum retrovendendi praeſcribatur ſpatio triginta annorum; quando actum fuit, ut SEMPER, QUANDOCUMQUE, & PERPETUO poſſit redimi, dixi opinionem affirmativam eſſe veriorem, & magis receptam. Ratio eſt, quia iſta verba, de ſui natura, reſtringuntur a Lege ad 30. annos . . . unde partes, in dubio, videntur voluiſſe contrahere ſecundum Legis diſpoſitionem. . . . maxime in materia praeſcriptionis, in qua illa verba non inducunt infinitatem . . . quare non poteſt colligi clara intentio contrahentium, quod voluerint iſtam praeſcriptionem tollere . . . & iſta eſt verior, & magis communis opinio.* Quel che 15
propone ſi dal Graziano, come ſentimento della più grande, e della più ſana parte de' Dottori, dal dottiſſimo Antonio Fabro, propone ſi come maſſima indubitata di

Leg-

(a) *Diſcept. foreſ. cap. 2.*

Legge. Scrive il detto Fabro nel ſuo Codice (*a*) (la qual' opera è di grandiſſima autorità nel foro) che nulla oſtanti le clauſole contenenti perpetuità ed infinità di tempo, il compratore *utitur jure communi*, onde il jus di ricomprare preſcriveſi per lo corſo di 30. anni, *niſi expreſſim convenerit, ut jus illud ultra trigeſimum, adeoque quadrageſimum, & aliud quantumcumque tempus extendatur*. Ed eſſendo così, nè meno ſi potrà dall'Avverſario pretendere, che non ſia ſtato il compratore in quella buona fede, la quale per lo dritto Canonico, ricevuto oggidì ne' Tribunali de' Principi, anche per la preſcrizione di 30. anni, è richieſta. Secondo coteſte maſſime ſi giudicò nel Senato di Savoja. Ecco le parole di Antonio Fabro (*b*): *Qui obligatus eſt ad retrovendendum fundum, quem ea lege emerat, ut pretium offerenti quandocumque venditori reſtituere cogeretur, triginta annorum praeſcriptione ſe tueri poteſt, licet conventionis verba ſic concepta ſint, ut TOTIES, QUOTIES VENDITOR VOLET, retrovenditionem fieri oporteat. Quid enim aliud ex conventione actum videri poteſt, quam, ut perpetuum eſſet jus redimendi, perpetuaque actio? Atqui etiam perpetua jura, perpetuaeque actiones longiſſimi temporis praeſcriptione excluduntur. Nec videtur in mala fide eſſe emtor, qui jure communi utitur, niſi expreſſim convenerit, ut jus illud ultra trigeſimum, adeoque quadrageſimum, & aliud quantumcumque tempus extendatur . . . Ita Senatus 15. Cal. Junii 1590.*

16 Alle ſoprarrecate ragioni, ſi aggiunga ancora un'altra, che dee molto valere. Per Legge, il compratore non prima è tenuto di retrovendere, che gli abbia fatto ſapere il venditore di voler ricomprare, e gli offra il prezzo (*c*). Coteſto ſignificano quelle parole dell'Imperador Aleſ-

(a) *Lib. 7. tit. 13. def. 3.*
(b) *Dict. Lib. 7. tit. 13. def. 3.*
(c) *L. ſi fundum, Cod. de pact.*

Aleſſandro (a): *Teque parato ſatisfacere conditioni dictae.* Conſegue da ciò, che 'l compratore intanto preſcrive, tuttochè ſappia di eſſer tenuto di retrovendere, poichè può credere, che 'l venditore non voglia ricomprare: e ſe ne aſſicura poi, quando vede già corſo lo ſpazio degli anni 30., onde ogni azione ſi eſtingue. Non altri- 17
menti ſi dice dell' erede. Coſtui, per Legge, preſcrive contr' al legatario primachè accetti il legato, perchè, vedendo, che 'l legatario nol chiede, può credere, che nol voglia; e ſi rende poi ſicuro, quando vede paſſato il tempo, per cui preſcriveſi l' azione. Così da buon giuriſconſulto ragiona, il noſtro punto trattando, il citato Steſano Graziano (b): *Reſpondatur, obligatum ad retrovendendum, non teneri offerre revenditionem facere, niſi requiratur: unde merito dicendum eſt, interim praeſcribere, quamvis enim ſciat ad id teneri, tamen non eſt in mala fide, quum poſſit credere, nolle vendentem retroemere: & ſatis eſt eſſe paratum revendere quandocumque requireretur infra tempora a Lege determinata, & ſic antequam labatur ſpatium* 30. *annorum, quod, ſecundum jura, tollit omnem praeſcriptionem . . . . Et facit, quod dicimus de legatario, contra quem heres praeſcribit, antequam legatum acceptetur, quum poſſit cogitare, quod non velit agnoſcere legatum: ideo non poteſt conſiderari aliqua mala fides, quum illud non teneatur heres offerre.*

Reſta a ſciorſi l'ultima difficoltà, ch' è queſta. Se le parole, *ſenza darſi preſcrizione di tempo*, od altre ſignificanti perpetuità ed infinità di tempo, non eſcludono la preſcrizion di 30. anni, ſono eſſe inutili del tutto. Ma comunemente da' Dottori s' inſegna, che le parole debbono interpetrarſi in modo, che operino qualche coſa.

Pri-

(a) *In d. L. ſi fundum.*
(b) *Dict. cap.* 2. *n.* 28.

18 Primieramente riſpondo, che la cotidiana ſperienza ci fa conoſcere, che nelle ſcritture, le quali diſtendonſi da' notai, moltiſſime parole ſi leggono, che nulla ſignificano. Nè cotesto difetto trovaſi nelle ſole ſcritture de' noſtri tempi. Era difetto, ſebben più raro, anche de' tempi de' Giuriſconſulti Romani, da' quali fu ſcritto (*a*):
19 *Non ſolent, quae abundant, vitiare ſcripturas*. Ma non era ne' tempi antichi men frequente, che ne' noſtri, l' eſprimerſi nelle ſcritture alcune coſe, le quali, anche non eſpreſſe, così ſi doveano intender per Legge: e non pochi eſempj ne abbiamo ne' Libri del jus Romano (*b*). Dunque ſe io dico, che per le parole, *ſenza darſi preſcrizione di tempo*, eſprimer ſi volle quelche così s' intendeva per Legge; dico coſa, che mi dee menar buona chi ben' intende le regole della Romana Giuriſpru-
20 denza. Così furon quelle parole interpetrate dal Tiraquello (*c*): *Quod dictum eſt, hæc verba, QUANDOCUMQUE, ET SIMILIA, manere otioſa, & ſine effectu, niſi intelligantur etiam poſt triginta annos, quum ſine illis ea facultas duret uſque ad id tempus; non admodum urget; quum non adeo inconveniens ſit, ut quod tacite intelligebatur, verbis exprimatur, nec aliud operetur, ex illo vulgari axiomate: expreſſio eorum, quae tacite inſunt, nihil operatur*. E che così ſia andata la coſa, è chiaro per una rilevantiſſima circoſtanza di fatto. I due moggi, dedotti ora in controverſia, furon comprati nell' anno 1690. per duc. 200. Or ſi è nel termine concludentemente provato, che due moggi di terra poſti in quel medeſimo ſito, in cui ſono i noſtri, e della ſteſſa qualità,

(a) *In L. 94. ff. de reg. jur.*

(b) *In L. 3. ff. de Leg. 1. & in L. non recte, C. de fidejuſs.*

(c) *d. gloſſ. 2. n. 30.*

lità, valevano in quel tempo, anche meno di dugento ducati. Si sa, che 'l patto di ricomprare, scema il prezzo della cosa; e tanto più lo scema, quanto più lungo è 'l tempo, in cui si riserba il venditore l' arbitrio di esercitarlo. Non è dunque verisimile, che, se avessero i contraenti voluto non suggetto quel patto ad alcuna prescrizione di tempo, benchè lunghissimo, si sarebbe quel fondo estimato tanto, quanto si sarebbe estimato, se quel patto o non si fosse apposto, o si fosse almeno ristretto a tempo più breve.

Secondamente rispondo, che le parole dell' istrumento; *senza darsi prescrizione di tempo*, non sono inutili del tutto: ed ecco quel, che esse operano. Insegnano il 21
Fulgosio (*a*), l'Ancarano (*b*), ed altri, che 'l jus di ricomprare prescrivesi per 10. anni. Dunque si toglie per quelle parole quel dubbio, che, se quelle non si apponevano, turbar poteva la mente de' contraenti, e de' giudici: *Nec tamen hic omnino supervacuum est*, soggiunge il Tiraquello, *quia sunt, qui opinantur, hanc facultatem redimendi, extingui spatio decem annorum: ideoque hujusmodi verbis tollitur id dubium, quod poterat hic subesse*.

Pongo fine a questa breve Scrittura colle parole, 22
onde pon fine il Tiraquello alla presente controversia (*c*): *Haec opinio* (che nulla ostanti le clausule denotanti perpetuità ed infinità di tempo, il jus di ricomprare si estingue per la prescrizion di 30. anni) *arresto supremae nostrae Curiae, fuit approbata: ea omnino sequenda est; nam, & ea quoque communior est, & Doctorum majoris doctrinae, & auctoritatis.*

Di Casa il dì 22. del mese di Settembre dell'anno 1757.

(a) *Cons.* 156. (b) *Cons.* 331. (c) *Num.* 31.

Per D. Marianna Viola contr' al Barone D. Giovanni Balzarano.

ARGOMENTO.

I. Se ci sia Legge, che obblighi il creditore, che ha acquistato ipoteca sulle rendite di qualche partita di arrendamento, o di fiscali, a farne notare il vincolo ne' libri del Real Patrimonio, sotto la pena della perdita dell'ipoteca.

II. Se l'annotazione dell'accennato vincolo faccia risolvere le ipoteche, anche nel caso, che gli atti della vendita, e compera *cum pacto reemendi*, e della ricompera, *praevia cessione juris luendi*, sieno stati simulati.

SOMMARIO.

1 *Dove la vendita sia dal suo principio risoluta, restano eziandio risoluti tutti gli obblighi, pesi, servitù, ed ipoteche dal compratore contratti.*

2 *Risoluto il jus di chi dà, risolvesi il jus di chi riceve.*

3 *Nelle vendite di annue entrate, può 'l venditore cedere ad un terzo il* jus luendi, seu reemendi.

4 *Per la tradizione della cosa venduta, si trasferisce il dominio. Per la tradizione della cosa non venduta, il dominio non si perde:* Ved. i num. 8. e 9.

5 *Dove non ci è prezzo, non ci è vendita:* Ved. il num. 37. e seg.

6 *La vendita può farsi senza denar contante, avendosi fede del prezzo.*

7 *In tutte le vendite, è obbligato il compratore di dare al venditore il prezzo.*

8 *La*

Digitized by Google

8 *La tradizione* nuda, *o sia senza titolo, non trasferisce mai nè titolo, nè possesso civile:* Ved. il num. seg.

9 *Il possesso civile, è proprio di colui, che possiede* animo dominantis.

10 *Il debitore, pagando a condizione, che 'l danaro dovesse a se immantinente tornare, non resta dal debito liberato.*

11 *Quando il danaro si dona, a condizione, che allo stesso donante abbiasi a dare a mutuo; in tal caso, assi per perfetta la donazione, e per perfetto il mutuo.*

12 *La forza della Consuetudine non può esser mai tanta, che pugnar possa con una espressa Legge, che non ancor sia ita in disuso.*

13 *Le* mancipazioni immaginarie *de' figli, e tutte le altre* antiche favole, *sono state dalla nuova Giurisprudenza abolite.*

14 *Ne' contratti, vale più quel, che si fa, che quello, che si simula di fare: e la verità del fatto prevale alla scrittura.*

15 *Ne' contratti di compera, e vendita, non quel, che si è detto, ma quel, che si è voluto, assi a seguire, anzichè no.*

16 *La vendita fatta con animo di donare, è vendita simulata, non vera vendita:* Ved. il num. 40.

17 *Da un atto simulato, non può nascere un vero effetto:* Ved. il num. 40.

18 *Dove ci è simulazione, non ci è volontà.*

19 *Dove non ci è volontà, non ci è contratto.*

20 *Cosa mai si richiegga, perchè possa un'usanza meritare il nome di Consuetudine.*

21 *Gli esempj delle cose giudicate, non possono giammai introdurre una Consuetudine, che vaglia per Legge, contra la Legge scritta.*

22 *Ne' feudi, ed in quelle rendite, che chiamansi in Ro-*

ma luoghi di monti, *non hanno luogo i due titoli del Codice*, Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur = Si quis alteri, vel sibi, sub alterius nomine, vel aliena pecunia emerit: *e qual ne sia la ragione:* Ved. i num. seg. e 'l num. 27.

25 *L'assenso è di così stretta interpetrazione, che non si estende da persona a persona.*

26 I luoghi de' monti, *che sono in Roma, vendendosi senza l'assenso del Papa, non si trasferiscono nel compratore.*

27 *Gli arrendamenti, e i fiscali del nostro Regno, sono beni allodiali, perchè sono in commercio senza la necessità dell'assenso.*

29 *Se ci sia Legge, che obblighi il creditore, che ha acquistata ipoteca sulle rendite di qualche partita di arrendamento, o di fiscali, a farne notare il vincolo ne' libri del Real Patrimonio sotto la pena della perdita dell'ipoteca: e cosa operi tale annotazione:* Ved. i num. seg.

30 *L'annotazione del vincolo, accennato nel* num. 29., *fa risolvere le ipoteche per ricompere vere ed effettive, non per ricompere simulate:* Ved. i num. seg. *Si eccettua da questa regola l'ipoteca dotale:* Ved. il num. 34.

31 *La cessione* juris luendi, *perchè, ed a quale oggetto bisogna, quando si comperano da' privati le partite di arrendamenti, e fiscalarie: come si fa, giusta l'uso del nostro Regno. Estingue l'ipoteca dal venditore contratta; e come; e perchè l'estingue.*

32 *Se, esercitandosi il patto della ricompera, che rappresenta il venditore di un fondo, si risolvano, in ogni caso, le ipoteche contratte dal compratore.*

33 *Se il locatore vende il fondo locato, si risolve la locazione, senzachè il compratore sia tenuto al conduttore; e senzachè costui possa pretendere essersi fatta la ven-*

dita

Digitized by Google

dita in di lui frode.

33 *Quella regola legale:* Id, quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt, *è regola immutabile del jus della natura.*

36 *Per qualunque pubblico bene, non è da permettere un atto, che in ſe contenga intrinſeca pravità.*

37 *Non ci è vendita ſenza prezzo: e dove è prezzo, quivi è vendita: il che vuolſi intendere del prezzo vero, non già dell' apparente:* Ved. i num. ſeg.

40 *La compera, e vendita ſimulata, non vale per Legge.*

41 *Come aſſi a provare la ſimulazione.*

ALLEGAZIONE VII.

NEll' anno 1737. D. Simone Battiloro, per le doti di D. Marianna Viola ſua moglie, e per l' antefato a lei dovuto, ipotecò tutti i ſuoi beni, tra i quali erano annui duc. 250. di fiſcali ſopra l' Univerſità di Piedemonte: indi nel dì 10. del meſe di Febbrajo dell' anno 1742, impiegando con ſe medeſimo duc. 1500, parte di quelle doti, ipotecò ſpezialmente la ſuddetta *partita* di fiſcali, dando a colei la poteſtà d' inteſtarſene la rata, ch' era di annui ducati 60. Nel dì 22. del meſe di Maggio dello ſteſſo anno 1742. vendè col patto di ricomperare a Franceſco Borrelli la medeſima *partita* per un prezzo, che non ancora ſi sa qual foſſe ſtato, poichè in una fede dal Borrelli preſentata nella G. Corte della Vicaria, ſi dice, che fu di ducati 2500: in un' altra, a nome di detta D. Marianna eſibita preſſo gli atti della cauſa preſente, ſi dice, che fu di ducati 3150. L' incoſtanza, è grande indizio di mendacio, e di frode. Nel dì 16. del meſe di Giugno, vendè D. Simone al Barone D. Giovanni Balzarano annui duc. 141. 75. per ca-

capitale di ducati 3150, a condizione, ch' e' ricomperaſſe con quel danaro quella ſteſſa partita, *praevia ceſſione juris luendi*, e reſtaſſe al Barone aſſegnata per la più facile eſazione de' ſuddetti annui duc. 141.75: e così ſeguì. Nel dì 11. del meſe di Settembre dell'anno 1761, ſi deduſſe ad iſtanza de' creditori il patrimonio di D. Simone Battiloro. Nel dì 16. dell'anno 1762, ad iſtanza di D. Marianna, e di alcuni altri, ſi ordinò dal Marcheſe Ulloa Commeſſario, e feceſi il ſequeſtro della detta partita, *etiam quoad fructus*. Nel dì 29. del meſe di Gennajo dell' anno 1763, ad iſtanza del Baron Balzarano, con un altro decreto fu tolto. Contra coteſto decreto ſi è richiamata D. Marianna al S. Conſiglio.

Il Baron Balzarano, a ſoſtenere il decreto, pretende, che per la ricompera, che fece il Battiloro, come ceſſionario della R. Corte, della ſuddetta *partita*, queſta ſi liberò da qualunque ipoteca generale, o ſpeciale. Per contrario, da D. Marianna pretendeſi, che l' ipoteca, da lei un tempo acquiſtata, ſuſſiſte ancora. Su tal controverſia ſi è dato, e compilato il termine, e deve oggi diffinirla il S. Conſiglio.

1 Il dottiſſimo Difenſore del Baron Balzarano nella ſua prima *Scrittura*, premette la legal maſſima, che *le vendite, qualora ſi riſolvono fin dal loro principio, ſi reputano come ſe mai ſtate vi foſſero; poichè, rientrando il venditore nel ſuo dritto, libera ed immune ritorna preſſo di lui la coſa venduta da tutti i peſi, ſervitù, obblighi, ed ipoteche, che mai vi aveſſe potuto il compratore imporre*. E queſta maſſima è vera. Molti ſono i luoghi
2 del jus Civile (*a*), in cui ſi propone: e quinci è nato quel comun detto de' noſtri, che riſoluto il jus di chi dà,

(a) *L. Lex 31. ff. de pign. & hyp. L. ſi res 3. ff. quib. mod. pign.*

dà, dee neceſſariamente riſolverſi il jus di chi riceve. Soggiunge, che *nelle vendite delle annue entrate, frequentiſſime nel noſtro Regno, ſi è introdotto il modo di potere il venditore cedere ad un terzo il jus* luendi, ſeu reemendi, *da cui eſercitandoſi col pagamento, che fa del ſuo danaro al creditore, viene ad eſtinguere tutte le antecedenti ipoteche, che su di eſſe annue entrate ſi foſſero mai contratte.* Ed è ciò parimente vero, e da' ſuddetti principj del jus Civile diriva (*a*). Cedendoſi dunque ad un terzo (ecco la conſeguenza ch'e' ne trae) dalla R. Corte il *jus luendi*: e queſto eſercitandoſi, ſi riſolvono le ipoteche. Dunque (ecco l'altra conſeguenza) avendo il Battiloro ricomperata, come ceſſionario della R. Corte, la *partita* dal Borrelli, ſi eſtinſe l'ipoteca, che vi aveva acquiſtata su D. Marianna Viola. 3

Ma, comechè la prima conſeguenza ſia vera, è certamente falſa la ſeconda, la qual è non altro, che una ſconciſſima applicazion della prima al caſo, di cui ſi tratta. Perchè vera foſſe la ſeconda conſeguenza, ſarebbe neceſſario, che la *partita*, che D. Simone Battiloro ricomperò dal Borrelli, foſſe nel coſtui dominio primamente paſſata in virtù della vendita, e ritornata poi per la ricompera al Battiloro; vale a dire, che vera foſſe ſtata la vendita, e vera la ricompera. Di ciò non ſi può dubitare. Il Notajo della R. Corte D. Giovanni Ranucci, teſtimonio prodotto dal Balzarano, dice, che per riſolverſi le ipoteche, è neceſſario, che *ſi faccia vendere dal poſſeſſore la partita ad un altro per ceſſione ſemplice*: e'l Notajo della fedeliſſima Città noſtra, prodotto ancora dal Balzarano, dice, che la *ceſſione di jus luendi, non ſi può fare al poſſeſſore della partita*. La medeſima coſa con-

(a) *Carleval. de jud. lib. 3. tit. 3. diſp. 35. Arias de Meſa var. lib. 1. cap. 22.*

confermano gli altri cinque teſtimonj dal ſuddetto Barone prodotti. Dovrei vergognarmi di citar Notai a confermar coſa, cui la ragion legale conferma. Giovami di citargli, perchè 'l Contraddittor ſe ne vale. Ma più che la coſtoro autorità, dee valere la ragion legale. Se poteſſe al padrone della *partita* cederſi il *jus luendi*, e' l' avrebbe da eſercitare contra se medeſimo; e *ſi darebbe in un iſteſſo ſuggetto l' azione, e la paſſione:* la qual coſa è ſconciſſima a dire.

Si moſtri ora, che nè vendita, nè compera, nè ricompera nel caſo noſtro ci è ſtata. La vendita è uno de' 4 *titoli*, per cui, poſta la tradizione, ſi trasferiſce il dominio; e ſenza cui, poſta ancora la tradizione, il dominio non ſi perde. Così Paolo (*a*): *Nunquam nuda traditio transfert dominium; ſed ita, ſi VENDITIO, aut alia juſta cauſa praeceſſerit, propter quam traditio ſequeretur.* E da ciò ſegue, che come chi vende, aver dee l'animo di alienare; così chi compera, deve averlo di 5 acquiſtare. Oltre a ciò, per Legge non ci è vendita ſenza prezzo: *Nulla emtio*, ſono parole di Triboniano 6 (*b*), *ſine pretio eſſe poteſt.* Quel, che la Legge permette, ſi è, che poſſa la vendita farſi ſenza denar contante, 7 *ed avendoſi fede del prezzo* (*c*); ma non ci è vendita, da cui non naſca nel compratore l' obbligo di *dare* il prezzo; cioè, di trasferirlo nel dominio del venditore, ch'è 'l proprio ſignificato del verbo *dare* ne' Libri della Legge: *Emtor*, dice Ulpiano (*d*), *numos venditoris facere cogitur.* Poſto ciò, ſi eſamini la vendita fatta dal Battiloro al Borrelli. Ci è negli atti fede dell' iſtrumento

---

(a) *In L. nunquam* 31. *de adqu. rer. dom.*
(b) *Inſt. lib.* 3. *pr. tit. de emt. & vend.*
(c) *L. quod vendidi* 69. *de contrab. emt.*
(d) *L. ex emto* 11. §. 2. *de act. emt. vend.*

to della vendita fatta dal Battiloro al Borrelli; ma ci è ancora una dichiarazion fatta dal Borrelli, *che non ebbe in quella compera altro, che il ſemplice, e nudo nome*. Dunque non ebbe il Battiloro l'animo di alienare, nè 'l Borrelli l'animo di acquiſtare. Dunque non ci fu tra 'l Battiloro, e 'l Borrelli nè vendita, nè compera. Nè perchè paſsò la *partita* su i libri del Real patrimo- 8
nio in teſta del Borrelli, ne acquiſtò coſtui il dominio; poichè quando anche ſi voglia pretendere, che l'*inteſtazion* valeſſe per tradizione, ſarebbe una tradizion ſenza titolo, una tradizion *nuda*, la quale il giuriſconſulto Paolo, dice, che *nunquam transfert dominium:* anzi nè men 9
trasferiſce il poſſeſſo civile, che proprio è di colui, il qual poſſiede *animo dominantis* (*a*). Di più: nella citata fede dell'iſtrumento della vendita ſi dice, che 'l Battiloro ricevè dal Borrelli il prezzo della *partita* per lo Banco dello Spirito Santo *con polizza notata fede in teſta di eſſo Borrelli*. Dunque la vendita non ſi fece, *avendoſi fede del prezzo*. Ma ci è negli atti fede dell'Archivario di quel Banco, onde coſta, che nell'anno 1742 (nel qual'anno dice il Battiloro di aver ricevuti per quel Banco da *Franceſco* Borrelli il prezzo della *partita*) ne' libri nel Banco notato è 'l nome di *Franceſcantonio*, non di *Franceſco* Borrelli; e che in teſta del ſuddetto *Franceſcantonio* non ci fu per tutto quell'anno *nè introito*, *nè ſpeſa*. Se non ci fu vendita fatta dal Battiloro, nè compera fatta dal Borrelli, non potette eſſerci ricompera fatta dal Battiloro, come ceſſionario della R. Corte: ſeguentemente, non eſſendoſi il dominio partito mai dal Battiloro, non ſi potettero riſolvere le antiche ipoteche. A confermazione di ciò, ſi oſſervi, che come il Borrelli, fingendo di comperare la *partita* dal Battiloro, la

(a) *V. Auliſ. in tit. ff. de adq. vel amit. poſſ. quæſt.* 3.

comperò ſenza prezzo, così 'l Battiloro, fingendo di eſercitar la ricompera, ſenz' alcun prezzo l' eſercitò. Non nego, che 'l Battiloro nel dì 26. del meſe di Giugno dell' anno 1742. pagò per lo Banco del Salvadore al Borrelli ducati 3150 pervenutigli dal Baron Balzarano; ma 'l Contraddittore non può negare, che nel medeſimo giorno il Borrelli gliene reſtituì per lo medeſimo Banco ducati 3000, dicendo, che gli *pagava liberi ed eſpliciti per la cauſa eſpreſſata nell' iſtrumento per Notar Tommaſo Paſſero* (iſtrumento, che non ſi è mai ſtipulato: e lo ſteſſo Tommaſo Paſſero ne fa fede) e gli reſtituì poi nel dì 3. del meſe di Luglio altri ducati 138, dicendo, che pagavagli a compimento del prezzo della partita *ad eſſo venduta per ceſſione ſemplice, e da eſſo retrovenduta all' iſteſſo D. Simone Battiloro: e che in detta compera, e vendita non aveva avuto altro, che 'l nudo e ſemplice nome: e l' avea fatta a richieſta di detto D. Simone, in beneficio di cui era tornato tutto il danaro.* Coteſta immediata reſtituzion di prezzo, è troppo chiaro argomento, che 'l prezzo non ſi alienò, perchè non ſi volle alienare contr' a ciò, che del prezzo ſi diſpone
10 per Legge. E quì torna bene un bel luogo di Ulpiano (*a*): *Non alienantur numi, qui ſic dantur, ut recipiantur.* E non degna del Contraddittore è la riſpoſta, ch' e' mi
11 rende, allegando un teſto di Giuliano (*b*), in cui ſi dice, che ſe io dono a Cajo il danaro, a condizione, ch' e' me l'abbia a dare a mutuo, *utrumque valet*, cioè la donazione, e 'l mutuo; e quinci traendo, che ſi aliena il danaro per la donazione, tuttochè ritorni a me medeſimo, che l' avea dato. Non degna, torno a dire, è di lui sì fatta riſpoſta, poichè nel caſo di Giuliano niente

(a) *In L. qui ſic 55. de ſolut.*
(b) *In L. ſi tibi 20 de reb. cred.*

e vi fu di ſimulato. Il donante ebbe l' animo di alienare, e'l donatario l'animo di acquiſtare in virtù della donazione, ſiccome poi nel mutuo ebbe il donatario l' animo di alienare, e'l donante l'animo di riacquiſtare, come notò su quel teſto il Cujacio: *Atque ita me, qui tibi pecuniam donare VOLUI, ejus pecuniae dominium in te tranſtuliſſe, & mox ejuſdem pecuniae dominium abs te quaeſiiſſe ex cauſſa mutui:* e per Legge baſta, che un ſol momento ſia ſtato il danaro nel dominio del donatario, perchè poſſa dirſi perfetta la donazione, e poſſa indi celebrarſi il mutuo. Ma nel caſo noſtro, oltre l' immediata reſtituzion dello ſteſſo danaro, ci è l' eſpreſſa dichiarazione, che fa'l Borrelli di non aver' avuto nella compera, e nella rivendita altro, che'l nudo, e ſemplice nome: onde, mancando nel Battiloro, e nel Borrelli, l'animo di alienare, il ritornar che fece dal Borrelli al Battiloro il danaro, che, come prezzo, diè 'l Battiloro al Borrelli, è certiſſimo indizio di ſimulazione, e di frode.

Come ora ſi può pretendere, che da una cauſa nulla naſca un effetto, che vaglia? L' acutiſſimo Contraddittore nelle quattro *Scritture*, che ha date fuori per lo Baron Balzarano, ſi ſtudia di ſciorre con due contrarj ſiſtemi coteſta inſuperabile difficoltà. Procura di ſciorla nelle tre prime, ammettendo ingenuamente la ſimulazione dell' atto: procura di ſciorla nella quarta, negandone la ſimulazione. Proporrò io, e rigetterò l' uno, e l'altro ſiſtema.

Dice nelle tre prime, che per un' antichiſſima conſuetudine del noſtro Regno, negli arrendamenti, e ne' fiſcali, ſi riſolvono le ipoteche, tuttochè ſimulati ſieno gli atti della vendita, della compera, e della ricompera: nè poſſono i creditori impedirne altrimenti la reſoluzione, che facendo notare ne' libri del Regal patrimonio, o della fedeliſſima Città noſtra, l' ipoteca da loro acqui-

ſtata: e ciò conferma per le *depoſizioni* di quattro Notai, tra' quali ſono il d. Notajo della R. Corte, e 'l d. Notajo della Città: di due Prorazionali della R. Camera, e dell' Archivario del Real patrimonio.

O ſe poteſſe la preſente controverſia diffinirſi per *depoſizioni* di Notai, ſarebbe la coſa bella, e finita! Il contrario ſi è da D. Marianna provato per le *depoſizioni* di 14 Notai de' più probi, e più periti della Città noſtra. Tutti coteſti 14 Notai, avendo eſaminate le circoſtanze del caſo, di cui ſi tratta, per la perizia col lungo uſo acquiſtata, concordemente *depongono*, che la vendita, e la ricompera della *partita* fu *fittizia*, e fatta in frode di D. Marianna; e che perciò non potè riſolverſi l' ipoteca, che avea coſtei acquiſtata. Ma coteſto è un punto, che per principj legali, non per *depoſizioni* di Notai, o di Prorazionali, aſſi a decidere. Che ſe le *depoſizioni* di que' 4. Notai, di que' due Prorazionali, e di quell' Archivario, ſi ſono adoperate a provar l' allegata conſuetudine del Regno; le contrarie *depoſizioni* di 14 Notai, baſtano, ſe altro non fanno, a renderla dubbia: e nel dubbio, dee farſi luogo alla Legge, che dagli atti ſimulati non fa naſcere effetto.

Ma ſia pur certa la conſuetudine, che ſi allega. Non è una *conſuetudine de' prudenti del Regno*, come ſcrive il Contraddittore: è un abuſo del volgo del Regno.

12 La forza della conſuetudine, dice l' Imperador Coſtantino (*a*), non è mai tanta, che *rationem vincat, aut Legem:* il qual luogo, a giudizio di Giacomo Cujacio, ſi vuole intender del caſo, che la conſuetudine pugni colla Legge; cioè, di un' uſo contrario ad una chiara ed eſpreſſa Legge, che ritenga ancor la ſua forza, che non ſia ſtata ancor vinta, che ancora non ſia ita in diſuſo. Sue pa-

(a) *L. 2. C. quae ſit longa conſuet.*

parole ſono (a): *In iis, quae palam Lege ſunt definita, conſuetudo non poteſt vincere Legem.* Sue parole ſono ancora queſte altre (b): *Vincere Legem eſt in ipſo conflictu, dum vivit Lex, & urget.* E di coteſto conflitto della conſuetudine, e della Legge, ci dà non oſcuro argomento il proprio ſignificato della voce *vincere*. Or la Legge, con cui pugna nel caſo noſtro la conſuetudine, è non altra, che quella, la quale vuol, che non vaglia il *ſimulato*, e l'*immaginario*. Le *mancipazioni immaginarie* 13
de' figli, e tutte le altre *antiche favole*, come le chiama Triboniano (c), ſono ſtate dalla nuova Giuriſprudenza abolite. Ne' libri della nuova Giuriſprudenza, è ſcritto, 14
che *plus valet quod agitur, quam quod ſimulate concipitur* (d): che *in contractibus, rei veritas potius, quam ſcriptura perſpici debet* (e): che *in emtis, & venditis, potius id,* 15
quod actum eſt (cioè quel, che ſi è voluto) *quam id, quod dictum ſit, ſequendum eſt* (f); e che, *quum in vendi-* 16
tione quis pretium rei ponit, donationis cauſa non exacturus, non videtur vendere (g): e queſta nuova Giuriſprudenza in tutti gli altri caſi ritiene ancor la ſua forza: ed ecco la Legge, cui non può vincer la conſuetudine, che nel noſtro caſo ſi allega. Nè colla ſola Legge del Principe pugna coteſta conſuetudine: pugna ancora colla ragion della natura, e delle genti. Tanto è, che da un' 17
atto ſimulato naſca un effetto vero, quanto che dal niente

(a) *In cit. L. 2. tom. 9. edit. Neap. pag. 1327.*
(b) *Pag. 1328.*
(c) *In proœm. Inſt. §. 3. V. Huber. Obſ. lib. 1. cap. 4.; & Ev. Otton. Praef. ad tom. 3. Theſ. jur. p. 27. & 28.*
(d) *Tit. Cod. plus valere quod agitur &c.*
(e) *In L. 1. Cod. eod.*
(f) *In L. 6. ff. de contrab. emt.*
(g) *In L. 36. eod.*

te naſca qualche coſa. Queſta ſeconda coſa, è ſopra le forze della natura: quella prima, è contraria alla giu-
18 ſtizia naturale, perchè, ſecondo i principj della natural giuſtizia, dov'è ſimulazione, quivi non è volontà: e do-
19 ve non è volontà, quivi non è contratto: ed a coteſti principj di giuſtizia naturale derogar non poſſono nè le conſuetudini, nè le ſteſſe Leggi umane. Or ſe tra 'l Battiloro, e 'l Borrelli non ci fu contratto nè di vendita, nè di compera, nè di ricompera, come potea riſolverſi
20 l'ipoteca? Si aggiunge, che coteſta uſanza nè men può meritare il nome di conſuetudine, perchè non trovaſi confermata nè men per un ſolo eſempio di coſa giudicata in contraddizion di parti: la qual coſa è ſuſtanziaſſima. Così leggo in un luogo del giuriſconſulto Ulpiano (*a*): *Quum de conſuetudine civitatis, vel provinciae conſidere. quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio conſuetudo firmata ſit:* e non è da omettere, che parla Ulpiano della conſuetudine, che diceſi *praeter Legem*, non della conſuetudine direttamente contraria ad una Legge chiara ed eſpreſſa. Perchè queſta vaglia, cento, e mille deci-
21 ſioni non baſtano. Gli eſempj delle coſe giudicate ſempre ad un modo, comechè poſſan dare una interpetrazion certa e ſicura ad una Legge dubbia, od introdurre una uſanza oltre la Legge, non poſſon però giammai introdurre una conſuetudine, che vaglia per Legge contra la Legge ſcritta. Scrive Calliſtrato (*b*): *Imperator noſter Severus reſcripſit, in AMBIGUITATIBUS, quae ex Legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere de-*

(a) *In L. 34. de Leg.*
(b) *In L. 38. eod.*

debere: ed Ulpiano (*a*): *Diuturna consuetudo pro jure, & lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet.* Le parole *in his, quae non ex scripto descendunt*, ci fan chiaramente conoscere, che quando ci sia la Legge scritta, la contraria consuetudine non può valere. Ed ora s' intende la forza del Real *Dispaccio* venuto fuori per occasion di questa causa. Avendo D. Marianna Viola esposto al Re *l' uso fittizio, che si era fatto del jus luendi in di lei pregiudizio*, ordinò S. M. nel dì 29. del mese di Agosto dell' anno 1764. al S. Consiglio, che *desse la provvidenza a tenor delle Leggi, ed essendoci uso alle Leggi contrario, riferisse col suo parere.*

Il Contraddittor non rifina: e non potendo difendere l'allegata *consuetudine* con alcun luogo de' Libri delle Leggi, si studia di difenderla colle autorità del Reggente de Marinis, e del Cardinal de Luca trattanti due casi, ch' e' crede simigliantissimi al nostro. Il primo caso è della compera, che di un feudo si faccia in testa 22
di Cajo col danajo di Sempronio, a di cui benefizio abbia colui fatto, com' era solito un tempo di farsi, l' istrumento detto di *ricognizione*. In tal caso, se avvien, che Cajo manchi senza legittimo successore, devolvesi il feudo al Fisco, non ostantechè esista Sempronio, o 'l costui legittimo successore, perchè ne' feudi non ha luogo il Titolo del Codice: *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur:* nè 'l Titolo: *Si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia emerit.* Così 'l de Marinis (*b*): *Si dicas, quem simulate feudum emisse, ex quo alterius pecunia, & contemplatione emit, hoc erit inter ipsos contrahentes de simulatione participes, secus autem respectu Regis, qui cum hujus simulationis sit penitus ignarus,*

(a) *In L. 33. eod.*
(b) *Resolut. lib. 2. cap. 38. num. 16.*

rus, quando contrahenti praestat assensum, considerat tantum personam feudum adquirentem, non autem illum, cujus pecunia feudum emitur . . . Ita Regens de Ponte, qui dicit, Titulum Cod., Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur: & alterum, Si quis alteri, vel sibi ec. *in feudis non procedere.* Non altrimenti il de Luca (*a*): *In feudis non intrat Titulus, Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur, sed attenditur nudum factum, prout est in sui facie extrinseca, ita ut si Titius de sua pecunia velit sibi vere feudum adquirere, simulate tamen supponat personam Sempronii, cui Dominus investituram concedat, Sempronius, non autem Titius erit feudatarius, non curata diversa voluntate partium:* ed altrove (*b*): *Quamvis enim in rebus allodialibus indifferentibus locum habeat Titulus, Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur, proindeque adquisitiones per aliquem de aliena pecunia, & ad commodum ipsius domini pecuniae, ita declarante adquirente, factae, illi adquirantur... attamen id non procedit in feudis.* Il secondo caso è della compera, che faccia taluno in testa sua, ma con danaro, ed a comodo altrui, di quelle rendite, che in Roma si chiamano *luoghi di monti*, e sono presso che le stesse, che i nostri arrendamenti, e fiscali. Nella compera di cotestе rendite, dice il Cardinal de Luca (*c*), che nè meno ha luogo il Titolo del Codice, *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Or quel, che de' *feudi*, e de' *luoghi di monti* dal de Marinis, e dal de Luca s' insegna, pretende il Contraddittore, che sia ancora da dire degli arrendamenti, e de' fiscali del nostro Regno, perchè così questi, come quelli, propria-

23 mente

(a) *De feud. disc. 7. num. 19.*
(b) *Disc. 106. num. 8., & 9.*
(c) *De Regal. disc. 38. num. 8. & 9.*

mente ſono beni del Principe.

Riſpondo, che gran differenza è poſta tra 'l caſo 24
noſtro, e i caſi, che trattano il de Marinis, e 'l de Luca. La ſimulazione, nel noſtro caſo, cade ſulla ſuſtanza dell'atto; cioè, ſulla volontà de' contraenti, i quali fingono di voler vendere, comperare, e ricomperare, ma realmente nol vogliono; onde l'atto, ſebbene abbia l'apparenza di coſa reale, è veramente un niente, che non può produrre effetto. Ne' caſi del de Marinis, e del de Luca, cade la ſimulazione ſulle perſone, non ſulla ſuſtanza dell'atto, non ſulla volontà. Si fa la compera de' *feudi*, o de' *luoghi di monti*, e ſi vuol fare. Si vuole alienare la merce: ſi vuole alienare il prezzo. Che poi ne' feudi ſi abbia la vendita come fatta non alla perſona, per cui la compera ſi vuol fare, ma alla perſona, che in apparenza la fa, non è da maravigliare. Ciò naſce dalla natura dell'aſſenſo del Principe, in virtù di cui ſi aliena il feudo. E' l'aſſenſo di così ſtretta natura, 25
che non ſi eſtende da perſona a perſona: onde eſſendo caduto ſulla perſona di Cajo, e de' legittimi ſucceſſori di Cajo, non può giovare in alcun modo a Sempronio, ed a' coſtui legittimi ſucceſſori: e coteſto inteſe il de Marinis per le traſcritte parole: *Reu, quando contractui praeſtat aſſenſum, conſiderat tantum perſonam feudum adquirentem, in quam conſentit, non autem illum, cujus pecunia, & contemplatione feudum emitur.* Lo ſteſſo è da dire 26
de' *luoghi di monti*, per teſtimonianza dello ſteſſo Card. de Luca. Inſegna coſtui (*a*), che i *luoghi di monti*, ſenza l'aſſenſo del Papa, non ſono affatto in commercio; e che perciò, ſenza l'aſſenſo vendendoſi, non ſi trasferiſcono nel compratore: *Loca montium non ſunt in commercio, neque de uno in alterum transferri poſſunt, niſi de*

(a) *De Regal. diſc.* 41. *num.* 4.

beneplacito Papae. Ciò tanto è vero, che la vendita di essi, tuttochè da' contraenti si voglia pura e perfetta, si risolve sempre in una semplice promessa di vendere: e, come il de Luca soggiunge, in una semplice *preparazione di un atto futuro*, che non può perfezionarsi altrimenti, che per l' assenso del Papa. Come dunque ne'
27 *feudi*, così ne' *luoghi di monti*, la natura dell' assenso, che non si estende da persona a persona, fa, che non abbia luogo il Titolo del Codice, *Plus valere quod agi-*
28 *tur, quam quod simulate concipitur*. Ma gli arrendamenti, e i fiscali del nostro Regno, sono in commercio senza la necessità dell' assenso: e certamente *allodiale* è la *partita* de' fiscali di D. Simone Battiloro. Lo stesso de Marinis ne' soli feudi, e non per altra ragione, che per la ragion tratta dalla natura dell' assenso, non dà luogo al Titolo, *Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur*: e 'l de Luca espressamente gliel dà negli *allodiali*. Dunque, anche a giudizio degli Autori, che cita il Contraddittore, nulla fu la vendita fatta dal Battiloro al Borrelli: nulla la cession fatta al Battiloro dalla Regia Corte: nulla la rivendita fatta dal Borrelli al Battiloro, e seguentemente sussiste ancora l' ipoteca dotale di D. Marianna Viola. Non occorre ora di rispondere a quel, che soggiunge il Contraddittore, che quando ancora fosse salva l' ipoteca dotale di D. Marianna, sarebbe *poziore* il Baron Balzarano, perchè col di lui danaro fu dal Battiloro acquistata la *partita*. Non si può parlare di *poziorità*, dove non si può parlare di acquisto di *partita*. Questa non si trasferì mai dal Battiloro nel Borrelli, perchè la vendita fu simulata, nè dal Battiloro si riacquistò, perchè simulata fu la ricompera.

29 Il non aver poi D. Marianna fatto notare ne' libri del Regal Patrimonio la sua ipoteca, non poteva ope-

ra-

rare, che per un *jus luendi* fittizio si risolvesse. Gliela conservava a bastanza la Legge, che ha per niente gli atti simulati, e non ne fa nascere altro, che niente. Legge, che obblighi il creditore a far notare l' ipoteca ne' libri del Regal Patrimonio sotto la pena della perdita della ipoteca, nel nostro Regno non ci è. Non solamente non ci è Legge, ma non ci è nè meno un Dottore, che 'l dica. Ci è l'uso nel Regno, che 'l creditore, il quale ha su cotestе rendite acquistata ipoteca, faccia *notare il vincolo* ne' libri del Regal Patrimonio; ma *l' annotazion del vincolo* opera solamente, che, volendo la R. Corte ricomperare, debba restituire il prezzo a condizione, che non si liberi al possessore altrimenti, che inteso il creditore, che ha fatto in que' libri notar l'ipoteca: e ciò, per avviso del Larrea, nasce da quella volontà del Principe, con cui permise al creditore di notar l'ipoteca su que' libri: *Quo casu*, son sue parole (*a*), *voluntas Regis accedit, quum permittat Princeps annotationem hypothecae.*

So, che lo stesso Larrea soggiunge (*b*), che 'l creditore dee per Legge far notare in que' libri la sua ipoteca, e se non ve la fa notare, la perde; ma parla il Larrea della Legge delle Spagne: *Jure nostro Hispano cautum, ut si census, & eorum hypothecae non scribantur in libro, qui statuitur esse debere in qualibet Urbe, census non valeant, & tertius ratione hypothecae non possit conveniri:* e tuttochè così si trovasse per Legge scritta ordinato, e' dice, che ne' tempi suoi non si osservava: e si duole di non aver mai potuto indurre i *Senatori del Patrimonio* a farlo osservare. Si aggiunge, che 'l Larrea in tutta l' *Allegazion XXII*, donde i trascritti luoghi son tratti, parla della risoluzion delle ipoteche per ricompere

(a) *Alleg.* 22. *num.* 25.
(b) *Num.* 96.

vere ed effettive, non per ricompere ſimulate: nè di ciò ſi può dubitare, poichè ne parla ſecondo i principj del jus civile Romano, ſecondo cui per atti ſimulati le ipoteche non ſi riſolvono, anche a giudizio del Contraddittore, che, di ciò perſuaſo, oppone a quel jus la ſola
31 *conſuetudine de' periti del Regno*. Venendo poi il Larrea a parlare dell' uſo del noſtro Regno, cita il noſtro de Ponte (*a*), le cui parole mi giova di traſcrivere: *Quotidie videmus hunc ſolitum morem contrabendi non ſolum in officiis, ſed in omnibus aliis introitibus Regiae Curiae, quod unuſquiſque ad ſui cautelam, & ne remaneat obligatus oneribus venditoris, contrahit cum ceſſione juris luendi a Regia Curia ex pacto ſpeciali inito inter emtorem, & venditorem, ex qua contractatione omnes hypothecae intermediae contractae reſolvuntur in praejudicium creditorum, quia fit reſolutio ex neceſſitate, mediante ceſſione juris luendi, & procedit deciſ. Bart. in d. L. in diem 9. de aqu. pluv. arc.: & hic eſt caſus fortior, nam directo contrahitur cum ceſſione juris luendi ad finem reſolvendi quaecumque onera, quae medio tempore reperiuntur impoſita; ſed quia hoc non fit principaliter in fraudem alterius, ſed ad emtoris cautelam, propterea attendendo, quod principaliter fit ex reg. text. in L. ſi quis nec cauſam, ff. ſi cert. pet. & ibi ſcrib., non curat Lex de intereſſe tertii ſecundario.* Parla il de Ponte delle vendite, e rivendite vere ed effettive, non delle ſimulate. Se anche dalle ſimulate aveſſe fatto naſcer l' effetto della riſoluzione delle ipoteche, l'avrebbe eſpreſſo. Quanto più ſtrana era la coſa,
32 tanto meno era da omettere. Oltre a ciò, quanto dice il de Ponte, tutto è tratto da una *deciſion* del Bartolo, ch' e' cita: e 'l Bartolo finge il caſo di una vendita fatta col patto di ricomperare, e, ragionando ſecondo i principj del

(a) *Deciſ.* 28. *num.* 18.

del jus civile Romano, che dagli atti ſimulati non ſa mai naſcere effetto, dice, che, facendoſi la ricompera, ſi riſolvono le ipoteche: nè di ciò poſſono i creditori dolerſi, perchè la rivendita ſi fa per neceſſità, cioè in virtù del patto appoſto alla prima vendita, non per mera volontà del debitore: *Vendo tibi rem pacto appoſito, quod eam tenearis revendere pro eodem pretio mihi: interim tu obligas rem, poſtea revendis mihi: an ad me transfertur illa res ſine onere?* Così 'l Bartolo propone il caſo: indi riſponde: *Aut res revertitur ad venditorem de neceſſitate, & tunc reſcinditur omne jus ſervitutis, vel pignoris conſtituti ab emtore, ut hic, & L. 6. §. ſed & Marcellus de in diem addict.: aut revertitur de voluntate, vel de facto debitoris, ſeu emtoris ad hoc directe ordinato, & jus conſtitutum non reſcinditur L. 3. in pr. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv., & de Ædilit. Edict. L. bovem, §. pignus.* Chi è, che oſi di eſtendere alle vendite, e rivendite ſimulate la dottrina del Bartolo, che tratta è tutta dal ſeno della Romana Giuriſprudenza? E chi non vede, che ſcriſſe il de Ponte non più di quello, che avea ſcritto il Bartolo? Ma perchè dice il Contraddittore, che 33
per le precedenti parole del de Ponte ſi prova, che parlò delle vendite, e rivendite ſimulate, ſi vegga, coſa in eſſe ſi dica. Diceſi in eſſe, che ſe 'l padrone vende a Sempronio il fondo locato a Cajo, ſi riſolve la locazione, ſenzachè Sempronio ſia tenuto a Cajo conduttore, e ſenzachè Cajo poſſa pretendere di eſſerſi fatta la vendita in di lui frode: *Eſt permiſſa venditio cujuslibet rei a locatore in damnum conductoris, & non propterea venditio fraudulenta judicatur, nec ad aliquid tenetur novus emtor . . . quia jure ſuo locator uſus eſt, & contraxit eo modo, quo Lex mandat.* A confermazione di ciò, ſoggiunge il de Ponte l' uſo di contrarre colla ceſſione del *jus luendi* per la riſoluzione delle ipoteche. Or ſe

la

la vendita, che faceſſe il padrone del fondo locato, foſſe ſimulata, ſi riſolverebbe il jus del conduttore? No di certo. Chi può dire, che 'l padrone, il qual ne faceſſe una vendita ſimulata, contrarrebbe *eo modo, quo Lex mandat?* anzi chi può dire, che *contrarrebbe?* Poichè non ci è contratto, dove non è quella volontà, che 'l contratto richiede, è neceſſariamente da dire, che chi ſimula non *contrae*. Com'è ora poſſibile, che 'l de Ponte, a confermare quel, che dicea di una compera, e vendita vera ed effettiva, traeſſe argomento da una compera, e vendita ſimulata? Come di vera vendita il de Ponte, così di vera vendita parlò Vincenzo Brilla in un luogo (*a*), che ne ha 'l Contraddittore traſcritto nella ſua IV. Scrittura. In ſomma alleghi il Contraddittore l'autorità di un ſol Dottore, che dica, poter da un atto ſimulato naſcere un vero effetto legale in pregiudizio di un terzo,
34 ed io ſon vinto. Quandochè poi ci foſſe nel Regno la Legge ordinante l'*annotazion del vincolo* ne' libri del R. Patrimonio ſotto la pena della perdita della ipoteca, trattandoſi d'ipoteca dotale, il non eſſerſi notata in que' libri, non nuocerebbe alla donna per uno di que' molti privilegj, che anno le doti. Così leggo appreſſo lo ſteſſo Larrea (*b*): *Barboſa ex Tiraquello, Puteo, & aliis, probat, regiſtrationem, quae inducit nullitatem, non comprehendere cauſam dotis ex ejus privilegio.*

Ma 'l Baron Balzarano ha dato il ſuo danaro con buona fede.

Ed in buona fede era ancora D. Marianna; ed era, oltre a ciò, creditrice anteriore: nè la buona fede del Balzarano far potea, che colei perdeſſe il ſuo jus ſenza al-

(a) *In Conſuet. tit. 30. cap. 1. a num. 55. ad 70.*
(b) *Num. 64 in fine.*

alcuno ſuo fatto. Quella regola di jus civile (*a*): *Id*, 35
quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt, è regola immutabile del jus della natura. Dov'è poi la buona fede del Balzarano? Ben ſapeva egli, od almeno ſaper dovea, che D. Simone Battiloro, ſuo amiciſſimo, avea moglie; e che per le coſtei doti erano ipotecate tutte le di lui robe. Si aggiunge, che dando egli il danaro per la ricompera della *partita* inteſtata al Borrelli, certamente dovette, prima di darlo, coteſta inteſtazione oſſervare ne' libri del Real Patrimonio: ed in que' libri è ſcritto, che aveva il Battiloro venduta la *partita* al Borrelli *con iſtrumento rogato ſotto li* 22. *Maggio del detto anno* 1742. *per mano del magn. Notar Leonardo Marinelli di Napoli*. La data dell'iſtrumento della vendita, baſtava a fargli entrare nell'animo un forte ſoſpetto della ſimulazione. Vende il Battiloro la *partita* nel dì 22. del meſe di Maggio, e nel dì 16. del ſeguente meſe di Giugno prende dal Balzarano danaro per ricomprarla. Tra l'uno, e l'altro atto ſi frapposero non più che 22. giorni; e poichè ſi sa per eſperienza, che non ſi ſtipulano iſtrumenti ſenza un qualche precedente trattato, è certamente da dire, che molto prima del d. dì 16., in cui l'iſtrumento ſi ſtipulò, foſſe cominciato il trattato tra'l Battiloro, e'l Balzarano. Or chi ricompera oggi col danaro altrui quel, che jeri vendè, ci dee far credere, che nè veramente vendè, nè veramente ricompera; e che la vendita ſi ſimulò di concerto con colui, che per la ricompera ha poi dato il danaro. Soggiungeſi ancora ne' libri del Real Patrimonio: *Ed in caſo di ricompra ſi oſſervino le condizioni, forſe appoſte in detto iſtrumento di vendita*. Ciò leggendo il Baron Balzarano, dovette oſſervare il ſuddetto iſtrumento. Ognuno, ben-

(a) *In L.* 11. *de reg. jur.*

benchè mezzanamente accorto, l' avrebbe offervato : e, quandochè da prima non foſſe ſtato conſapevole della ſimulazione, oſſervando quell' iſtrumento, avrebbe conoſciuto, che la vendita fatta dal Battiloro non era vera vendita ; poichè vi avrebbe letto, che ſi vendea la *partita* al Borrelli per *paſſarſi in jus luendi*, *e retrovenderſi al medeſimo Battiloro*.

Conoſcendo il Contraddittore, che, ſecondo i principj della giuſtizia privata, non ſi può per un atto ſimulato torre il jus ad un terzo, procura di torglielo per la ragione del pubblico bene. Dice, che ſe ora ſi decideſſe, non riſolverſi l' ipoteche per le ricompere ſimulate, in mille liti s' involgerebbe il noſtro Regno, nel quale sì frequenti ſono ſtati, e ſono coteſti ſimulati contratti.

Dunque vorrebbe, che 'l S. Conſiglio con una ſua *Deciſione* accreditaſſe, e proteggeſſe una frode. Io ſo, che al pubblico bene convien, che ceda il privato ; ma chi
36 è, che non ſappia quel, che dagli Scrittori del jus naturale, e da' Maeſtri in Divinità, comunemente s' inſegna, che per qualunque pubblico bene, non è da permettere un atto, che in ſe contenga *intrinſeca* pravità? Che ſe tal non è l' atto della ricompera, che ſi ſimula per torre il jus ad un terzo, che nulla sa dell' atto, qual ſarà mai?

Si rigetti ora il nuovo ſiſtema, che propone il Contraddittore nella ſua IV. Scrittura. E' ſi ſtudia di provare, che nel caſo noſtro non ci fu ſimulazione. Queſta ſeconda è un' impreſa molto più dura della prima. Ma
37 ſi vegga, che dica. Traſcrive in primo luogo due teſti, l'uno degl' Imperadori Diocleziano, e Maſſimiano, ch' è queſto (*a*): *Placito pretio, non numerato, ſed ſolum tradi-*

ta

(a) *In L. emti fides 9. C. de contrab. emt.*

sa poſſeſſione, iſtiusmodi contractus (di compera, e di vendita) *non habetur irritus:* l'altro di Ulpiano, ch'è queſto (*a*): *Imaginaria venditio non eſt pretio accedente;* e da eſſi deduce, che *la vendita è ſimulata, ed immaginaria, quandochè non ſi nomina prezzo; ma quando queſto ſi conviene, e poi non ſi ſoddisfa, la vendita è vera ed effettiva:* e perchè nella vendita, e nella ricompera, che feceſi nel caſo noſtro della *partita*, non ſolamente ſi nominò, ma ſi pagò ancora il prezzo, conchiude, che non ci fu ſimulazione. 38

Agevoliſſima è la riſpoſta. Dai due ſoprallegati teſti, ſi trae non altro, che queſto, che non ci è vendita ſenza prezzo: e dove è prezzo, quivi è vendita. E chi è, che nol ſappia? Chi è, che 'l neghi? Ma ciò ſi vuole intendere del prezzo vero, non apparente: del prezzo, che ſi dia coll' animo di alienarſi: del prezzo, che, ſecondochè ſcrive Ulpiano (*b*), dal dominio del compratore paſſi nel dominio del venditore, altrimenti non ci è *verità* dell'atto: e ſe non ci è *verità*, la compera, e la vendita, è ſimulata, nè val per Legge: *Contractus imaginarii*, dice Modeſtino (*c*), *etiam in emtionibus, juris vinculum non obtinent, quum fides facti ſimulatur, non intercedente veritate.* 39 40

Dice in ſecondo luogo, che manca nel caſo noſtro la pruova della ſimulazione. Reca un' autorità del Preſidente Merlino, per cui pretende, non poterſi provare altrimenti la ſimulazion dell'atto, che per una *ſcrittura dichiarativa precedente l'atto:* onde, poichè la dichiarazion del Borrelli ſi fece nel dì 3. del meſe di Luglio; vale a dire un meſe, e dieci giorni dopo la vendita fattagli 41

(a) *In L. imaginaria 16. de reg. jur.*
(b) *In cit. L. 11. §. 2. de act. emt. vend.*
(c) *In L. contractus 54. de obl. & act.*

della *partita*, dice, che non può D. Marianna valersene di pruova della simulazione. Ma ciò non dice, nè potea dirlo, il Merlino. Le parole sono (*a*): *Ante omnia de praecedenti simulandi tractatu inter contrahentes debet constare, ut docuit Bartolus, dum ait, debere constare de simulatione ante contractum: quod Baldus declarat, si praecesserit tractatus de simulatione.* Il *trattato della simulazione* dee precedere, non la *scrittura dichiarativa*, non la pruova della simulazione. La simulazione si pruova come per espressa dichiarazione, che se ne faccia in iscritto, così per congetture, e queste si traggono anche da' fatti susseguenti. Così della pruova della simulazione il Menochio (*b*): *Prudens Judex diligenter & exacte perpendet personarum qualitatem, loci famam, antecedentia, & SUBSEQUENTIA contractus, & personarum interpositionem.*

Pongo fine a questa Scrittura, pregando il S. Consiglio, che rifletta, non essersi ancora trovato tra tanti, e tanti, un sol Dottore, che, parlando di ricompera simulata, insegni, risolversi per essa le ipoteche; ond' è da sperare, che abbia a sospendersi il decreto del dì 29. del mese di Gennajo dell' anno 1763, e condannarsi il Baron Balzarano alla restituzion de' frutti non giustamente percepiti.

Di Casa nel dì 7 del mese di Settembre dell' anno 1767.

Per

(a) *Controv. 67. num. 11. tom. 2.*
(b) *De arbitrar. cas. 247. num. 3.*

Per D. Vincenzo, e D. Ceſare Pereca contr'a D. Giacomo, e D. Giuſeppe Letizia.

ARGOMENTO.

Si dimoſtra, che ſe 'l debitore, il quale ha dato in pegno la ſua roba al creditore, fa paſſare gran tempo, ſenza curarſi di diſimpegnarla, fa preſumere, che deponga l'animo di padrone, e, come per novazione, gliela dia *in ſolutum:* ſpezialmente dove il valore della roba data in pegno pareggi il credito, od almeno non di molto l'ecceda.

SOMMARIO.

1 *NEl principio della lite non può il Giudice ordinar ſequeſtro: e molto meno, dove il giudizio ſia ordinario. Eccezione di queſta regola.*

2 *Il debitore, che per gran tempo non ha curato di diſimpegnar la roba, che ha data in pegno al ſuo creditore, ſe, pagando il debito, poſſa fare aſtringere il creditore a reſtituirgliela:* Ved. il num. ſeg.

4 *Nel dubbio, è da preſumere, che 'l creditore, che la roba poſſiede del ſuo debitore, la poſſegga piuttoſto per titolo di dazione* in ſolutum, *che di pegno; ſpezialmente dove trattaſi di dote.*

ALLEGAZIONE VIII.

D. Aurelia di Letizia, che nell'anno 1701. ſi maritò con D. Franceſco Pereca, fu dotata di duc. 2200 pe' quali ſi promiſero annui ducati 88. d'intereſſe, come

da' Capitoli matrimoniali del dì 20. del meſe di Febbrajo del ſuddetto anno. Non avendo i dotanti pronto il danaro, penſarono di *dare*, *cedere*, *ed aſſegnare*, come fecero, *alcuni terreni così tra di loro valutati*. Ma coteſta ceſſione ſi fece coll' eſpreſſo patto, *che li detti terreni, come ſopra aſſegnati, non s' intendeſſero ceduti alli detti conjugi futuri a tutta paſſata; ma quelli dati, e ceduti LOCO PIGNORIS tantum*.

Si ſtipulò poi nel dì 2. del meſe di Ottobre dell' anno ſeguente un' altro iſtrumento, nel quale ſi confermò tutto il convenuto nel primo, da poche coſe in ſuori: e ſi confermò nominatamente quel, che vi ſi era detto della dazione in pegno. Eccone le parole: *Quali territorj, e loro annualità, ut ſupra deſcritti, s'intendano ceduti a' detti Signori Pereca LOCO PIGNORIS tantum, & pro faciliori exactione delli detti annui duc.* 88.

D. Giacomo, e D. Giuſeppe di Letizia, l'uno nipote, l' altro pronipote de' dotanti, pretendono oggi, dopo anni 60., di riavere i *terreni* dati in pegno, ed han fatto il depoſito de' duc. 2200., e de' ducati 88. d' intereſſe. Il Sign. Marcheſe Ippolito col primo decreto, che (ſenza ſentire D. Vincenzo, e D. Ceſare Pereca, figli di D. Franceſco, e di D. Aurelia) interpoſe in ſua caſa, ordinò, che i coloni aveſſero depoſitate preſſo gli atti le penſioni: ma avendo D. Vincenzo, e D. Ceſare prodotta iſtanza, che 'l ſuddetto decreto, *contrario imperio*, ſi rivocaſſe, altro non ne ottennero, che un termine ordinario, non impedita intanto l' eſecuzione dell' ordinato ſequeſtro. Ma eſſendoſene richiamati al S. Conſiglio, ſperano, che ſi abbia ad ordinare, che 'l ſequeſtro ſi tolga.

E' regola indubitata di Legge, che non può il giudice ordinar ſequeſtro nel principio della lite (a); e molto

(a) *L. un. C. de probib. ſequeſtr. pec.*

lo meno può farlo ne' giudizj di sua natura ordinarj, qual'è 'l nostro. Solamente gli si può permetter nel caso, che costa dal principio della chiara giustizia dell' azione. Or nel nostro caso, quando pur si conceda a D. Giacomo, e a D. Giuseppe di Letizia, ch' e' sieno eredi de' dotanti, la qual cosa da essi non si è mostrata, tanto è lontano, che costi della giustizia dell' azion *pignoratizia*, che dagli avversarj s' istituisce contr' a' miei clienti, che anzi costa, essersi quell' azione da gran tempo estinta per volontà de' medesimi debitori delle doti. Insegnano comunemente i Dottori, che se 'l debitore, il 2 quale ha dato in pegno la sua roba al creditore, fa passare gran tempo senza curarsi di disimpegnarla, è da presumere, che deponga l' animo di padrone, e come per novazione, gliela dia *in solutum*. Si trae cotesta massima da un bel luogo di Scevola (*a*): *Qui habebat in provincia, ex qua oriundus erat, propria praedia, & alia pignori sibi data ob debita, codicillis ita scripsit: Suavissimae patriae meae volo in partem suam dari, & ipsi separatim adjudico praedia omnia quaecumque in Syria possideo cum omnibus in eis existentibus, & pecoribus, & servis, & fructibus, & usuconsumptilibus, & apparatu omni. Quaesitum est, an etiam praedia, quae pignori habuit testator, patriae suae reliquisse videatur? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non videri relicta, si modo in proprium patrimonium, quod fere CESSANTE DEBITORE fit, non sint redacta.* Dice il giurisconsulto, che i predii dal testator posseduti per pegno, non eran compresi nel legato, come non proprj del testatore; ma soggiunge, che ben poteano, tuttochè dati in pegno, esser divenuti proprj del testatore: e che ciò poteva essere avvenuto, *cessante debitore*; cioè, non cu-

(a) *In L. qui habebat* 101. *pr. ff. de leg.* 3.

curandosi per lungo tempo il debitore di disimpegnargli. Del lungo tempo, Scevola non parla; ma così vuolsi intender quel luogo: e così l' intese il Gotofredo (*a*): *Pignus in proprium patrimonium creditoris versum esse existimatur, cessante DIU debitore in solutione*. Nè questa
3 è dottrina non ricevuta nel foro. L' anno ben ricevuta i forensi, ma con una circostanza di più, che la rende molto più equa, che secondo il trascritto testo non pare. La circostanza è, che 'l valore del fondo dato in pegno pareggi il credito, od almeno non di molto l'ecceda. Ecco quel che ne scrivono i forensi. Scrive il Graziano (*b*): *Quare etiam dicimus, quod fundus obligatus pro summa, quanti valeret, censetur esse proprius creditoris, non secus ac si illum emisset .... quum semper hujusmodi pignorationi proximum sit habere rem pro derelicta*. Scrive il Merlino (*c*): *Non imputantur praeterea fructus in creditum, quotiescumque pignus datum fuit a debitore creditori valoris aequivalentis credito .... Ratio est, quia quando datur pignus aequivalens credito, videtur cessare in debitore spes luitionis, & consequenter de ejus constitutione judicatur, prout de alienatione propria dominii translativa*. Ma niuno trattò questo punto meglio del giudiziosissimo Card. de Luca. E' scrive in un luogo delle opere sue (*d*): *Ubi pignoris valor adaequat creditum, illudque non excedit, tunc, concurrente aliquo notabilis temporis silentio, censetur habitum pro derelicto, atque jure cujusdam implicitae dationis in solutum, creditor effectus dicitur dominus, & consequenter suos facit fructus, tanquam*

do-

(a) *In d. L. num.* 55.
(b) *Discept.* 422. *num.* 21.
(c) *De pign. lib.* 5. *tit.* 1. *q.* 45. *num.* 73.
(d) *De credit. disc.* 136. *num.* 2.

dominii ſequelam. E più diſtintamente altrove (*a*): *Ubi etiam data eſſent per debitorem ab initio bona creditori ſub explicito titulo pignoris . . . ex dicta circumſtantia adaequationis, vel minoris valoris, & ex diuturno ſilentio, reſultaret praeſumtio novationis, ac implicitae dationis in ſolutum, ipſo pignore habito pro derelicto, atque in uno, vel altero caſu dicta concluſio procedit ex fundamento implicitae, ſeu praeſumtae dationis in ſolutum translativae dominii, cujus ratione creditor, non tanquam creditor ex pignore, ſed tanquam dominus ex re ſua, ſuos facit fructus, tanquam ſequelam dominii*. Or nel principio ſi è detto, che ne' Capitoli matrimoniali furono i *terreni* tanto *valutati* da' contraenti, quanta era la dote.

Potrebbe dir l' Avverſario, che furon que' terreni 4
più toſto aſſegnati in luogo di più facile eſazione degli annui duc. 88., che dati in pegno; poichè in qualche luogo di que' due iſtrumenti di *più facile eſazione* ſi parla. Ma ho io già traſcritti i luoghi, ne' quali ſi parla di pegno: e chi legge que' due iſtrumenti, conoſcerà, che vollero i dotanti propriamente celebrare un contratto di pegno, od almeno far l' uno, e l' altro. Vollero dar que' terreni in pegno per cautela delle doti, e dare ad un tempo ne' frutti la più facile eſazione degli annui duc. 88. In fatti nel ſecondo iſtrumento eſpreſſero l' uno, e l' altro: *Quali territorj, e loro annualità, s' intendano ceduti loco pignoris tantum, & pro faciliori exactione delli detti annui duc.* 88. Ma quando anche foſſe dubbia la coſa, ſarebbe da preſumere il titolo più vantaggioſo al poſſeſſore, ſpecialmente dove ſi tratti di doti. Torna bene quì un' autorità del citato Merlino (*b*): *Quando creditor reperitur eſſe poſſeſſor bonorum ſui debitoris, &*

non

(a) *De uſur. diſc.* 10. *num.* 4.
(b) *De pign. lib.* 2. *tit.* 4. *q.* 105. *num.* 1.

non conſtat, utrum habuerit bona in pignus, vel magis in ſolutum, regula eſt, ut praeſumantur in ſolutum data, quia in dubio favendum poſſeſſori . . . . & favore dotis eo magis procedere hanc concluſionem, ſcribit Menochius, & firmavit Rota.

Ed ecco quel, che per D. Vincenzo, e D. Ceſare Pereca ho potuto ſcrivere nel breviſſimo giro di poche ore, che mi è convenuto di torre a cura molto più grave, che di preſente m'ingombra.

Di Caſa il dì 1. del meſe di Luglio dell'anno 1760.

Per Franceſco Ruſſo contra Gennaro Manſo.

ARGOMENTO.

Si eſamina la quiſtione, ſe 'l primo obblatore s'intenda liberato per l' offerta, che faccia il ſecondo di prezzo maggiore.

SOMMARIO.

1 *SE 'l primo obblatore s'intenda liberato per l'offerta, che faccia il ſecondo di prezzo maggiore:* Ved. i num. ſeg.

2 *Quando il ſecondo atto preſumer faccia di eſſerſi dal primo receduto.*

3 *Il dare a fitto, o 'l vendere, che ſi fa* ad eſtinto di candela, *è lo ſteſſo, che 'l vendere, o 'l dare a fitto*

col

col patto addictionis in diem. *E ſe cotal contratto ſia perfetto, o no.*

4 *Il primo obblatore, in quali caſi, e per quali circoſtanze non s'intende liberato per la migliore offerta del ſecondo.*

5 *L'offerta di prezzo minore, può talvolta eſſer migliore dell'offerta di prezzo maggiore.*

6 *Il primo obblatore, per l'accettazione della ſeconda offerta, reſta ſciolto. Mancando tale accettazione non reſta ſciolto:* Ved. i num. ſeg. *e l'eccezione nel* num. 9.

7 *Il primo compratore (ne' contratti di compera, e vendita fatti col patto* addictionis in diem) *in quali caſi dipartir ſi poſſa dalla compera, avvegnacchè il venditore non accetti la ſeconda offerta:* Ved. il num. ſeg.

9 *Dove diaſi a fitto, o vendaſi* ad eſtinto di candela, *roba di Univerſità, di Chieſa, o di Minore, la ſeconda offerta, che realmente ſia migliore, ſi ha per accettata, e libera il primo obblatore.*

10 *Ne' contratti nominati (tra' quali è'l contratto col patto* addictionis in diem) *non ci ha luogo a penitenza:* Ved. il num. 13.

11 *Se 'l ſecondo obblatore, pagando il ſoprappoſto, poſſa pentirſi, e ſciorſi dalla offerta. Si rigetta l'affermativa oppinione del Muſcatello:* Ved. i num. ſeg.

ALLEGAZIONE IX.

LA Città di Minori eſpoſe a fitto il dì 29. di Agoſto dell'anno 1745. la gabella de' maccheroni. Furono tra gli oblatori Franceſco Ruſſo, per cui ſcriviamo, e Gennaro Manſo. Offerì il Ruſſo duc. 1880.: vi aggiunſe di più il Manſo altri ducati cinque: *e non eſſendovi ſtata altra offerta, alla fine la candela ſi eſtinſe a tutta paſſata, e rimaſe la gabella al magnifico Gennaro*

Manſo per la ſomma di duc. 1885., ſon parole della fede, che d' ordine della Regia Corte di Amalfi ne fece il Cancelliere della Città. Nacque indi a poco conteſa tra i due ſuddetti oblatori, pretendendo ciaſcuno, che a ſuo beneficio ſi foſſe eſtinta la candela. Ma poichè più vantaggioſa era ſtata l' offerta del Manſo, la Regia Corte di eſſa Città, niun conto tenendo delle iſtanze del Ruſſo, ordinò nel dì 31. di Agoſto, che su l' offerta del Manſo la candela nuovamente ſi accendeſſe. Ma 'l dì ſeguente rinunziò il Manſo alla ſua pretenſione: onde la ſopraccitata Corte interpoſe altro decreto, che, inteſi i reggitori della Univerſità, ſi foſſe il Ruſſo poſto in poſſeſſo. Ma l' Univerſità, che aveva acquiſtato diritto ſulla offerta di maggior ſomma fatta dal Manſo, eſpreſſamente ſe ne gravò. Allora fu, che 'l Ruſſo conobbe, che vano era il ſuo impegno di ottener la gabella, e per uſcir di briga, il depoſe, come coſta da iſtanza, ch' e' fece nel Conſolato del Commercio di Salerno. Intanto a tener lontano qualunque danno dalla Univerſità, la Corte locale provvidamente ordinò, che dagli Amminiſtratori ſi deſtinaſſe perſona, ch' eſiggeſſe la gabella: e fu eletto a tal fine Vitantonio Cantilena. Si proſeguì dappoi la lite così nella Corte locale, come nella Reg. Udienza di Salerno tra l' Univerſità, e 'l Manſo, pretendendo coſtui, che ſi doveſſe ſtare alla offerta del Ruſſo, e che non poteva egli eſſere aſtretto ad altro, che a dare ducati cinque, che aveva aggiunti di più: e quella, che ſtar ſi doveſſe alla offerta del Manſo. Alla Reg. Udienza ſembrò giuſta la pretenſione del Manſo, e fece decreto ordinante, che 'l Ruſſo pagaſſe duc. 1880, e 'l Manſo ducati cinque. Di coteſto decreto ſi richiamò il Ruſſo nel Supremo Tribunale della Reg. Camera. E poichè la perſona deſtinata ad eſigger la gabella eſiggè per tutto l' anno 1745. non più che ducati 1334. e gr.

45.

45., deve oggi la Reg. Camera vedere, se i restanti ducati 553. e gr. 85. pagar si debbano dal Russo, o dal Manso.

E' una delle antiche questioni legali, dal Bartolo, e dal Baldo primamente trattata, se 'l primo oblatore s' intenda liberato per la offerta, che faccia il secondo di prezzo maggiore: ed a questa sola controversia tutta la presente causa si riduce. Rispose assolutamente di sì il Baldo, seguito da non pochi Dottori, e nominatamente da Franc. Cremense. Due ragioni il mossero a creder così. Noi le proporremo colle parole del dotto Rebuffo (*a*), che le reca amendue. L' una è: *quia per secundum actum, ante rem perfectam, a primo videtur recessum, §. posteriore, Inst. quib. mod. test. infir.* L'altra è: *quia novissime factum praevalet, L. pacta novissima C. de pact.* La ragion sustanziale è la prima; ma si dee questa ripetere da principj più alti. Il dare a fitto, o 'l vendere, che si fa oggi *ad estinto di candela*, altro non è, che 'l vendere, o 'l dare a fitto col patto *addictionis in diem*. Or ecco la formola, che di cotesto patto ci dà Paolo giurisconsulto (*b*). *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit.* Si dubitò, se 'l contratto fatto a cotesto modo fosse puro, o nò: e scrisse Ulpiano (*c*), *interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione, discedatur, erit pura emptio, quae sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis.* Ciò posto, è chiaro, che 'l contrat-

1

2

3

(a) *In Constitut. Reg. tract. de Praecon. art. 7. glos. un. num.* 21.

(b) *L. 1. de in diem addict.*

(c) *L. 2. eod.*

to, che si fa col primo oblatore, non può aversi mai per atto perfetto: non quando è condizionale, perchè la condizione il sospende: nè quando è puro, perchè la condizione il risolve. Poichè dunque la condizione o sospensiva, o risolutiva è questa, *nisi quis meliorem conditionem fecerit*, necessariamente ne segue, che, fatta la seconda offerta di maggior prezzo, l'obbligazione del primo oblatore, se era pendente, per la condizion sospensiva, non possa più cominciare: e se era nata, per la condizion resolutiva, immantinenti si estingua.

4 Altrimenti opinò il Bartolo. Sue parole sono (a): *Quaero, duo promiserunt ad pedagium emendum, dum licitabatur, unus post alium: modo secundus non est solvendo, vult eligere primum, an possit? Certe sic, nec per secundum offerentem est liberatus primus*. Opinò egli così per un testo di Ulpiano (b): *Sabinus scribit, licere venditori meliorem conditionem oblatam abjicere, sequique primam quasi meliorem*. Or se 'l primo oblatore rimanesse sciolto per la seconda offerta di maggior prezzo, non potrebbe il venditore rigettar la seconda, ed attenersi alla prima. La ragione per cui dan le leggi la libertà della scelta al ven-
5 ditore, è la seguente. La condizione della migliore offerta non si verifica per la sola maggior somma, che si promette dal secondo oblatore. Talora offre miglior condizione chi minor somma promette, se maggior sia o la facilità, o la sicurezza del pagamento, come insegna il lodato Ulpiano (c). Di quì è, che anche dopo la seconda offerta di maggior prezzo, restar debba obbligato il primo oblatore, perchè potrebbe la prima offerta, tuttochè contenente minor somma, per altre circo-

stan-

(a) *In L. licitatio 9. de publican.*
(b) *In L. Sabinus 9. de in diem addict.*
(c) *In L. ubi autem 4. §. melior 6. eod. tit.*

ſtanze reputarſi migliore.

Si ſtudiò di ridurre a concordia le due oppoſte ſen- 6
tenze Paolo di Caſtro, il più giudizioſo degli antichi Interpetri della legge. E' diſtinſe così (*a*). O la ſeconda offerta è ſtata già accettata, o non ancora. Se non ſi è ancora accettata, il primo oblator non è ſciolto: e coteſto inteſe di dire il Bartolo, che ſi appoggiò nel teſto di Ulpiano, dove ſi parla della libertà della ſcelta data dalle leggi al venditore, libertà, che, per l'accettazione una volta fatta, ſi perde. Se poi è ſtata già accettata la ſeconda offerta, il primo oblatore è ſciolto del tutto: e coteſto inteſe di dire il Baldo. La diſtinzione del Caſtreſe piacque ſoprammodo ad Aleſſandro (*b*): *Vel alter fuit admiſſus, & primus eſt liberatus. . . . . aut ſecundus licitator non fuit admiſſus, nec acceptatus, & remanet primus.* Piacque ancora al Rebuffo, che, premeſſe le due opinioni del Bartolo, e del Baldo, ſoggiunge (*c*): *Conciliando, dicerem, quod ſi ſecundus plus offerens fuerit acceptatus, tunc primus eſt liberatus: ſi vero ſimpliciter obtulerit, & nulla fuerit partis acceptatio, tunc primus non eſt liberatus.* Piacque finalmente al Boerio (*d*), ed al Paponio (*e*), che per nuovi argomenti, e per eſempj di coſe giudicate la confermarono: e chi non ignora le maſſime della legge, deve averla per vera.

Per ſervire all' uſo del foro, abbiam noi prodotte coteſte poche autorità di Dottori. Ma que' gravi Giuriſconſulti, che debbono della preſente cauſa giudicare, ben ſanno, che come Paolo di Caſtro inſegnò, così avevano in-

(a) *In d. L. licitatio.*
(b) *Addit. ad Bart. loc. cit.*
(c) *Loc. cit.*
(d) *Deciſ.* 248.
(e) *Arreſt. lib.* 13. *tit.* 9. *arreſt.* 2.

7 insegnato i Giurisconsulti Romani. Scrive Ulpiano (*a*), che se si sia espressamente convenuto tra 'l venditore, e 'l primo compratore, che fosse a costui lecito di dipartirsi dalla compera, tosto che si fosse fatta migliore offerta, non ha, in tal caso, il venditore la libertà della scelta, e si ha per risoluta la prima compera, sebbene il venditore non accetti la seconda offerta: *Quid tamen, si hoc erat nominatim actum, ut liceret resilire emtori meliore conditione allata? Dicendum erit, dissolutam priorem emtionem, etiamsi venditor sequentem non admittat.* Dun-
8 que, quando manca quel patto espresso, fino a che non si ammetta la seconda offerta, il primo oblatore è obbligato; e, per contrario, è sciolto costui, come quella si ammette. Così anche Paolo (*b*): *Majore pretio addictum est praedium ei, qui solvendo non est, abitum est a priore emtione, quia ea melior intelligitur, quam venditor* COMPROBAVIT.

Contra cotesta indubitate massime di legge fu fatto il decreto della Regia Udienza di Salerno. Il contratto tra Francesco Russo, e l'Università di Minori, è sciolto; perchè la seconda offerta di maggior somma fatta da Gennaro Manso, è stata accettata dalla Università. Di cotesta accettazione non è da dubitare in alcun modo.

In varie guise la seconda offerta si dice accettata: ed in tutte fu ammessa l'offerta del Manso. Quando un privato, che può disporre della roba a suo modo, appone il patto *addictionis in diem*, allora, non ostante la seconda più vantaggiosa offerta, non è liberato il primo oblatore, perchè, apponendosi il patto a benefizio del

(a) *In d. L. Sabinus 9.*
(b) *In L. si venditor 14. §. 2. eod.*

del ſolo venditore (*a*), ha coſtui la libertà della ſcelta: ma, qualora ſi eſpone a vendita, od a fitto la roba della Univerſità, della Chieſa, o del minore, allora non ci ha luogo a ſcelta, ma dee (voglia, o no, chi fa le parti di coloro) ſeguir quella offerta, che realmente è migliore: e conſeguentemente, come talun ſi ammette a far la ſeconda offerta, ſi ha quella per accettata, e'l primo oblatore è diſciolto. Dobbiamo una sì bella riflеſſione al Boerio (*b*): *Idem eſt, ſi ab alio officiario, & adminiſtratore publico, vel Eccleſiae, aut minoris, ſubhaſtatio fuerit facta, qui ex neceſſitate officii tenebatur rem plus offerenti dare, & tunc quum cogatur acceptare meliorem conditionem, primus erit liberatus.* Nel caſo noſtro ſi tratta di gabella di Univerſità. L'offerta del Manſo è ſeconda, e realmente migliore, come quella, che aggiunge ai duc. 1880. altri cinque, e non contiene patti più gravoſi di quelli, che contenea l'offerta del Ruſſo. Dunque gli Amminiſtratori della Univerſità ſon tenuti di accettarla. Dunque per legge ſi ha per accettata. Dunque il Ruſſo è diſciolto. 9

Oltre l'accettazion legale, ci è pur nel noſtro caſo la volontaria accettazione degli Amminiſtratori della Città. Coſtoro, come di ſopra ſi è detto, eſpoſero alla Regia Camera, che aveva l'Univerſità acquiſtato diritto ſulla offerta del Manſo: ed avevano prima fatto iſtanza nella Regia Udienza Provinciale, che ſi foſſe colui aſtretto a dar le convenevoli cautele. Per coteſte dichiarazioni, ed iſtanze, che altro fanno gli Amminiſtratori della Univerſità, ſe non che ammettere l'offerta del Manſo, e rigettar quella del Ruſſo? E come poi ſi vuol condannare il Ruſſo a pagare?

Ci

(a) *d. L. 9.*
(b) *Loc. cit.*

Ci è anche di più. Tanto è vero, che fu dalla Universitàaccettata l'offerta del Manso, che costui prese il possesso della gabella. Come gabelliere fece egli condurre molta quantità di grano da Salerno in Minori: e come tale pagò alcune somme a conto de' duc. 1885. per mandato degli Amministratori della Università: e ce ne sono i legittimi documenti negli Atti.

Ma 'l Manso rinunziò, e rinunziò in tempo, che 'l Russo volea per se la gabella; ond' eran d' accordo. E' vero, ma 'l contratto non si era fatto tra 'l Russo, e 'l Manso: si era fatto tra 'l Russo, e l'Universitàà, quando fece sua offerta il Russo: e tra l' Universitàà, e 'l Manso, quando costui fece la sua. Come il volere del Russo non poteva obbligare l' Universitàà a dare a lui la gabella, così 'l disvolere del Manso non potea nuocere alla Universitàà, che aveva già acquistata ragione sulla di lui migliore offerta: onde il volere dell'uno, e 'l disvolere dell'altro furono atti inutili, e senza effetto. L' Universitàà, che per legge avea la libertà della scelta, poteva esaudire le domande del Russo, e l' escluse: poteva, rinunziando al suo diritto, consentire al rifiuto, che della gabella il Manso faceva; ma non vi consentì per nulla, anzi contraddisse espressamente. Ma quel che far potea l'Universitàà, nol poteano gli Amministratori, ch'eran tenuti di seguire l' offerta migliore. Dunque ad isciogliere il Manso, non bastava, che 'l Russo volesse per se la gabella. Avrebbero dovuto rinunziare gli Amministratori, se avesser potuto. Il Manso non poteva mai
10 rinunziare, sì perchè ne' contratti nominati, tra' quali è quello, di cui si tratta, non ci ha luogo a penitenza, come ancora, perchè 'l patto *addictionis in diem* torna tutto in utilità di chi vende, o dà a fitto: e chi offre il prezzo, offerendo, si obbliga; nè può, rinunziando, di-

disobbligarsi. Nel caso di Ulpiano (*a*), che si è di sopra proposto, perchè fosse lecito al compratore *resilire, meliore conditione allata*, fu uopo, che *hoc esset nominatim actum*: e pure si trattava di disciogliere un, che aveva offerto meno. Or come senza espresso patto poteva, rinunziando, disciorsi il Manso, che aveva offerto più?

E' dunque da maravigliare del decreto della Regia Udienza di Salerno. E' cosa nuova in legge, che 'l primo oblatore, ch'è stato vinto dal secondo, si abbia per conduttore, come dicesi in quel decreto, e che poi una parte della mercede dal secondo si paghi.

Il dotto Difensore del Manso, a sostenere il decreto della Regia Udienza, si vale d'un luogo del Muscatello. Questo Autore propone il dubbio, se possa il licitatore pentirsi della offerta, che ha fatta, e conchiude così (*b*): *Ego dicerem, quod aut sumus in licitatore, cum quo nemo alius concurrit, sed solus vicit, & tunc iste nullo modo possit poenitere, nisi per viam laesionis, saltem in sexta parte pretii, ut supra diximus observari in S. C. Aut licitator non fuit solus, sed alii concurrunt, & unus imposuit decem, alius quindecim, alius viginti, cui remansit: & quaeritur, an iste ultimus possit poenitere, & dicerem, nullo modo istum posse poenitere, nisi vel in casu laesionis in sexta, ut supra, vel si non aderit laesio, solvit illud plus, quod ipse imposuit, scilicet illa quinque, quae ipse addidit, & superimposuit.* 11

O la bella dottrina, ch'è questa del Muscatello! ed o le belle frodi, che impunemente si potrebbon commettere, se fosse vera! Ciascun potrebbe o per far danno ad un oblatore, o per estorquerne danajo, a qualunque somma, che offra colui, soprapporre un carlino: e 12

(a) *In d. L. Sabinus.*

(b) *Part.* 3. *glossa* venduntur, *num.* 102. *ad* 104.

nel caſo, che 'l primo oblatore ſi deſſe per vinto, non ne porterebbe altra pena, che la perdita d' un carlino
13 ſolo. E poi come ignora il Muſcatello quel, che non poſſono, ſenza vergogna, ignorare gli ſcolaretti, che ne' contratti nominati non ci ha mai luogo a penitenza (*a*)? Le offerte ſi fanno o nelle compere, o nelle conduzioni: e queſte, e quelle ſon contratti nominati. Come dunque permette il Muſcatello al ſecondo oblatore, che, pagando il ſoprappoſto, ſi penta? Donde ha egli tratta una dottrina cotanto ſingolare?

14 Ma 'l Muſcatello cita il Boerio: *Et hoc*, così ſoggiunge, *per allegatam Deciſionem Boerii* 248.

Noi gli ſappiam grado, che, rimettendoci al Boerio, ci dà 'l modo da conoſcere, come, e quanto egli ſi ſia ingannato. Il Boerio, in quella deciſione, conferma la diſtinzione da noi già propoſta tra 'l caſo, che la ſeconda offerta ſia già ſtata ammeſſa, e 'l caſo, che ancora non ſi ſia accettata. Aggiunge, che, trattandoſi di roba di Univerſità, di Chieſa, di minore, neceſſaria non è l'accettazione della ſeconda più vantaggioſa offerta; e baſta, che queſta ſemplicemente ſi faccia, perchè reſti ſciolto il primo oblatore. Dopo avere coteſte coſe inſegnato ſecondo le regole del dritto Civile, dice, che dove ci ſia alcuna particolare uſanza, queſta, e non altro attender ſi dee: *Sed conſuetudo, aut ſtylus loci, vel patriae circa hoc, ſi aliqua ſit, eſt attendenda*. Finalmente ſoggiunge l' uſo della Francia: *Unde hic, & quaſi per totum Regnum Franciae obſervatur, quod ſi intra tempus licitationis ultimus incariator renunciet, aut non poſſit dare fidejuſſores, liberatur ſolvendo ſummam per eum ſuperadditam*. Dunque d' una particolare uſanza del Regno della Francia (uſanza contraria a' principj della Romana giu-

(a) *V. Card. de Luca de feud. diſc.* 71. *num.* 2.

giuriſprudenza, ſecondochè da noi ſi è moſtrato) forma il Muſcatello una regola di gius comune? *Riſum teneatis.*

Ultimamente ſi dee render riſpoſta ad un' altra opposizione, che ci ſi fa. Si dice, che non meno il Ruſſo, che 'l Manſo furono in colpa: il Ruſſo, mettendo in diſputa, ſe a lui, od al Manſo ſi apparteneſſe la gabella: il Manſo, rifiutandola, quandochè a lui certamente ſi apparteneva: onde par giuſto, che paghino amendue.

Ma ſi eſamini di grazia la condotta dell' uno, e dell' altro. Nel dì 29. di Agoſto ſi eſtinſe la candela. Nel dì 31. il Ruſſo fece iſtanza, che a lui, e non al Manſo ſi deſſe la gabella: e lo ſteſſo dì la Corte locale, rigettata l'iſtanza del Ruſſo, ordinò, che nuovamente ſi accendeſſe la candela ſulla offerta del Manſo. Ad un tal decreto ſi acquetò il Ruſſo, nè mai più diſſe di voler la gabella. E quantunque nel dì primo di Settembre aveſſe la ſuddetta Corte fatto il ſeguente decreto: *Viſa retroſcripta comparitione, praeſentata pro parte Franciſci Ruſſo, cum voto Conſultoris, fuit proviſum, & decretum, quod retroſcriptus Franciſcus Ruſſo immittatur in poſſeſſionem enunciatae gabellae &c.*; nondimeno è da notare, che fu quel decreto interpoſto con error manifeſto. Si dice in eſſo: *Viſa retroſcr. comp. praeſent. pro parte Franc. Ruſ.* Ma fu quella preſentata da Gennaro Manſo. Franceſco Ruſſo nulla ne ſeppe, nè parlò mai più di gabella: tanto più, che di coteſto ſecondo decreto ſi gravò l'Univerſità, pretendendo, che ſtar ſi doveſſe alla offerta del Manſo. Or qual'è la colpa di Franceſco Ruſſo? Per un ſol giorno credette, che ſua foſſe la gabella. Ricorſe al Giudice: non fu eſaudita la ſua domanda: ſi tacque, acquetoſſi. E chi può trovar colpa in lui? Per l'oppoſito, il Manſo, pentitoſi di ſua offerta, ſi oppoſe in giudizio al

Ruſſo, ed alla Univerſità, che la ſua offerta avea ſcelta: indi col fatto conſentì nel fitto della gabella: finalmente ricominciò la lite, e la proſeguì in diverſi Tribunali, ed ancor non rifina. Sua è dunque tutta la colpa, e dee ſolo pagare.

Per le coſe dette fin quì, ſpera Franceſco Ruſſo di eſſere aſſoluto dalle ingiuſte pretenſioni del Manſo.

Di Caſa il dì 14. di Marzo dell'anno 1754.

DEL

DEL JUS DEL CONGRUO.

Per D. Franceſco Ingleſe contra D. Nunzio Bove.

ARGOMENTO.

Si dimoſtra, che la notiſſima Coſtituzione *Sancimus* di Federigo I. trattante del diritto del congruo, non abbia luogo nel *contratto anticretico*, e nel *contratto di permutazione*, quando l' uno, o l' altro contratto facciaſi di buona fede, e non in frode del vicino: e che, per l'oppoſto, abbia luogo, quando concorrano legittime congetture di ſimulazione, e di frode.

SOMMARIO.

1 *LA Coſtituzione* Sancimus *non ha luogo nel contratto* anticretico, *e* di permuta, *quando l' uno, o l' altro contratto facciaſi in buona fede, e non in frode del vicino:* Ved. i num. ſeg.

2 *Nel dubbio, attender ſi dee più quel, che da' contraenti ſi è voluto, che quel, che ſi è ſcritto.*

3 *Dove ſia provata la cauſa di ſimulare, quali pruove richiegganſi a provar la ſimulazione.*

4 *Dall' inſolito, e ſtrano modo di aggire, traeſi congettura di ſimulazione.*

5 *Del divario, che paſſa tra la vendita, e l' anticreſi:* Ved. i num. ſeg.

6 *Il contratto, quando ci ſia prezzo, deeſi avere per compera, e vendita, tuttochè in apparenza non paja tale.*

7 *Chi*

7 *Chi dà il ſuo fondo altrui a* godere, *può riaverlo ſempre che gli piaccia: e la libertà di riaverlo non ſi può per niun patto reſtringere.*

8 *La troppa cautela è ſoſpetta di ſimulazione, e di frode.*

9 *La Legge non preſume mai le donazioni: e quando manca la cagione, le ha per ſimulate.*

10 *Il patto di riavere la roba venduta, ſcema il prezzo della merce, e ſi eſtima tanto, quanto quella pagaſi di meno.*

ALLEGAZIONE X.

COntra Nunzio Bove, che nelle pertinenze di Paoli-ſi poſſedeva un fondo di due moggi in circa, vendutogli per duc. 510. da D. Franceſco, e D. Niccolò di Blaſio fratelli, iſtituì Berardino Ingleſe l'azione del congruo in virtù della nota Coſtituzione *Sancimus*. Giuſta ſtimò la G. Corte coteſta pretenſione: onde profferì nel dì 18. del meſe di Maggio dell'anno 1756. il ſeguente diffinitivo decreto; *Nuntius Bove condemnetur ad relaxandum in beneficium dicti Berardini territorium in actis deductum jure congrui, facto prius depoſito pretii illius in ſumma ducatorum* 510. Contra coteſto decreto ſi ſono prodotti dal reo cinque Capi di *nullità*, che ſi debbono oggi eſaminare nella G. Corte.

Scrivendo io per Franceſco Ingleſe erede di Berardino, riſponderò ſolamente al ſecondo Capo: tanto inette ſono le coſe contenute ne' rimanenti.

Diceſi in eſſo, che Nunzio Bove poſſedè quel fondo dall'anno 1743. ſino all'anno 1745. in virtù di *contratto pignoratizio*; e cominciò poi a poſſederlo in virtù di *contratto di permutazione*, col qual titolo oggi il poſſiede: e che nè in queſto, nè in quel contratto può la ſopraccitata Coſtituzione aver luogo.

Riſ-

Riſpondo, che la legal maſſima, in cui la *nullità* 1
ſi appoggia, è veriſſima, quando l' uno, o l' altro contratto ſi faccia di buona fede, e non in frode del vicino: quandochè poi concorrono legittime congetture di ſimulazione; di certo ha luogo la Coſtituzione per lo notiſſimo titolo del Codice: *Plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur.* Perchè ciò chiaro s'intenda, ſon da premettere alcuni fatti. Nel dì 23. del meſe di Maggio dell' anno 1743. ſi ſtipulò tra i fratelli di Blaſio, e 'l Bove un iſtrumento, del cui tenore fa fede il notajo, così: *D. Franceſco, e D. Nicola di Blaſio, per trattato avuto con Nunzio Bove, han pignorato, ed in luogo di pegno han dato, colla condizione però di riavere quandocumque, e non altrimenti, al predetto Nunzio il territorio ec. . . . per lo convenuto prezzo di ducati* 510. Da quelle parole dell' iſtrumento, *han pignorato, ed in luogo di pegno han dato*, ricava il dotto Difenſore del Bove, che poſſedè coſtui primamente il fondo per *contratto pignoratizio.* Si ſtipularon poi tra' ſuddetti di Blaſio, e 'l Bove due altri iſtrumenti, l' uno nel dì 4. del meſe di Ottobre dell' anno 1744., l' altro nel dì 19. del meſe di Marzo dell' anno 1745. Nel primo di eſſi venderono i fratelli di Blaſio al Bove un altro lor fondo per duc. 585. ſenza patto di ricomperare. Nel ſecondo *cedettero* i ſuddetti fratelli, *per ragion di cambio*, al Bove quel primo fondo, che nell' anno 1743. gli avean *dato in pegno*: e 'l Bove diè loro, *in iſcambio*, quell' altro fondo, che nell' anno 1744. avea da eſſi comperato. Da queſto ſecondo iſtrumento ricava il Difenſore del Bove, che cominciò coſtui dall' anno 1745. a poſſedere per *contratto di permutazione* quel medeſimo fondo, che avea ſino a quell' anno poſſeduto *per contratto di pegno.*

Ma ſi eſaminino giuſta i principj legali coteſti due contratti. Il primo contratto, tuttochè nell' iſtrumento ſi

leg-

legga, *han pignorato*, *ed in luogo di pegno han dato* ; è non *pegno*, ma *vendita*. So, che regolarmente è vero, che 'l contratto è tale, qual si denomina da' contraenti;
2 ma so ancora, esser regola di Legge, che nel dubbio attender si dee più quel, che si è voluto da' contraenti, che quel, che si è scritto: *In contractibus*, son parole degl' Imperadori Valeriano, e Galieno (*a*), *rei veritas potius, quam scriptura perspici debet*: e ciò molto è più vero, quando la volontà de' contraenti si conosce per congetture tratte dalla medesima scrittura. Primachè queste si rechino in mezzo, giova di premettere quel,
3 che da' Dottori comunemente s' insegna, che provata la causa di simulare, basta a provar la simulazione anche la pruova *congetturale*, e *presuntiva* (*b*): e che sono allora sufficienti le congetture anche più leggiere (*c*): nè la causa altrimenti si prova, che per congetture prese dal verisimile. Così la Ruota Romana (*d*): *In materia simulationis sufficit, causam esse opinatam, & verisimilem, licet illius veritas non appareat a parte rei.*

Or nel nostro caso ben verisimile è la causa della simulazione. Il titolo della compera non assecurava al Bove il possesso del fondo, perchè dentro i tempi della sopraccitata Costituzione *Sancimus* l'avrebbe il vicino *ritratto*. Si simulò dunque un' *anticresi*. Qual più verisimile causa? Ma di cotesta causa di simulare, di quì a poco si parlerà nuovamente, e si mostrerà non solamen-
4 te verisimile, ma vera. Venendo ora a quelle congetture di simulazione, che nel caso nostro concorrono, io dico, che quando il contratto del dì 23. del mese di Mag-

(a) *In L.* 1. *C. plus val. quod agitur.*
(b) *Card. de Luca de cens. disc.* 20. *num.* 4.
(c) *Rot. Rom. rec. p.* 16. *decis.* 148. *num.* 2.
(d) *In d. Decis.* 148. *num.* 2.

Maggio foſſe vendita, le coſe nell' iſtrumento eſpreſſe, ſarebbero regolari, e comunemente uſate: quando foſſe anticreſi, ſarebbero inſolite, e ſtrane: e queſto è 'l più bel fonte delle congetture, che o provano, od eſcludono la ſimulazione. La Ruota Romana, dell' *inſolito* parlando, ſcriſſe (*a*): *Quod manifeſtam ſimulationem redolet, quae ab inſolito agendi modo eruitur*. Or ecco due *inſolite* coſe, che in quello iſtrumento ſi leggono. In quel contratto ſi parlò di *prezzo convenuto*, e ſi volle, che foſſero *duc.* 510. Il *prezzo convenuto* è proprio della compera, e vendita. Nell' *anticreſi* non ha luogo il *prezzo*. Nella vera vendita col prezzo ſi compenſa la proprietà della merce: nell' *anticreſi* ſi compenſano le uſure del danaro co' frutti del fondo: nè mai, trattandoſi d' anticreſi, ſi è parlato di *prezzo*. Queſto argomento usò la 6
Ruota di Lucca per decidere, che vera vendita era un contratto, il quale in apparenza non parea tale (*b*): *Ubi pretium intervenit, ibi emtio proprie dicitur*. Oltre a ciò, ſi appoſe a quel contratto l'eſpreſſo patto *di riavere quandocumque:* e perchè s'intenda, quanto efficacemente ciò da' fratelli di Blaſio ſi volle, è da notare, che quel patto ſi appoſe per le ſeguenti parole, *colla condizione però ec. . . . e non altrimenti*. La voce *però*, e la clauſula *non altrimenti*, ſono chiariſſimi ſegni di volontà ferma, ed efficace. Or chi è, che, celebrando l' *anticreſi*, ſi brighi di apporre con tanta efficacia il patto di riavere, quandochè per Legge è coteſto patto della natura di quel contratto? Chi dà 'l fondo altrui *a* 7
godere, può riaverlo, ſempre che di riaverlo gli piaccia, purchè reſtituiſca il danaro (*c*): e i patti, onde la liber-

(a) *In d. Deciſ.* 148. *num.* 17.
(b) *Magon. Deciſ. Lucenſ.* 25. *n.* 19.
(c) *L. ſi is qui* 11. §. *ſi antichreſis* 1. *ff. de pign.*

tà del padron del fondo reſtringeſi, ſono non ſolo nelle ſcuole de' Teologi, ma ancora nel foro civile o ſimulati, od uſurarj (*a*). Che occorreva adunque, che ſi apponeſſe con tanto impegno quel patto di *riavere?* Perchè 'l contratto apparente era l' *anticreſi*; il vero era la *vendita*
8 *col patto di ricomperare*. E quì torna aſſai bene quel comun detto de' Dottori, che ſoſpetta di ſimulazione, e di frode è la troppa cautela (*b*). E non è ancor veriſimile, che ſ'l patto di *riavere* a quel contratto ſi appoſe per iſpaventare il vicino da iſtituire l' azion del congruo? Il Bove così fece i ſuoi conti. O 'l contratto ſi avrà per *anticreſi*, e l'azion del congruo non compete: o ſi avrà per vendita, e 'l vicino difficilmente ne uſerà, ſapendo, ch' eſercitandoſi da' venditori il patto di ricomperare, dovrà perdere il fondo. La coſa è tanto veriſimile, che nulla più.

Molto più chiaramente la ſimulazione ſi moſtra pe' due iſtrumenti degli anni 1744. e 1745. Nunzio Bove comperò nell' anno 1744. da' fratelli di Blaſio un altro fondo per duc. 585.: indi nell' anno ſeguente reſtituì loro quel fondo, e ritenne, come vero padrone, per titolo di permutazione quel primo fondo, che dall'anno 1743. poſſedea per *anticreſi*. Or chi non conoſce l' impegno grandiſſimo, che 'l Bove avea di eludere il vicino? Il primo contratto nol rendea ſicuro a baſtanza. Potea parere a prima giunta un contratto *a godere:* ma graviſſimi eran gli argomenti, che foſſe una vendita. Col contratto della permutazione parea, che ſi toglieſſe via ogni dubbio. Ma non previde, che 'l più grande argomento, che vera moſtra la cauſa di ſimulare, e veriſſima la ſimulazione, da quell'ultimo contratto ſi trae. Commutaſi

un

(a) *A. Fab. in Cod. lib. 2. tit. 26. def. 3.*
(b) *Card. de Luca de alienat. diſc. 29. n. 17.*

un fondo del valore di duc. 585. con un fondo del valore di duc. 510., e de' rimanenti duc. 75. non fassi alcun motto nell'istrumento. Qual cosa è più insolita, e strana che un fondo, il quale val molto meno, si dia per un fondo, che val molto più? Forse i fratelli di Blasio donarono que' 75. duc. al Bove? Ma la Legge non presume mai le donazioni (*a*): e quando manca la causa, le ha per simulate. Forse que' 75. duc. furono il prezzo del patto di riavere apposto al primo contratto? Così dagli avversarj si dice. Ma se la cosa va così, ecco per propria lor confessione pienamente provato, che quel primo contratto fu vera vendita. Il patto di riavere, apposto alla vendita, scema il prezzo della merce, seguentemente si estima tanto, quanto quella si paga meno: per contrario, apposto all'*anticresi*, nulla scema dal prezzo, e perciò nulla vale, concioſiachè sia, come si è detto, della natura del contratto.

Dunque simulato fu 'l primo contratto, e simulati furon gli altri due: il perchè si spera, che abbia la G. Corte a confermare il suo decreto.

Di Casa il dì 13. del mese di Novembre dell'anno 1760.

(a) *L. quum de indebito* 25. *ff. de probat.*

Per D. Pietrantonio Giuliani contra D. Girolamo Casavola.

ARGOMENTO.

I. Il vicino, cui si è fatta la denunzia del fondo venduto, se, pendente il giudizio della nullità della vendita dal comprator promosso contr'al venditore, non istituisce l'azion del congruo, il tempo della prescrizione di cotesta sua azione corre intanto a suo danno, non ostantechè la pendenza di un tal giudizio sia incompatibile coll'azion del congruo.

II. Si spone la *L. contra majores* 16. *Cod. de inofficioso testamento*.

SOMMARIO.

1 *Si spone la L.* contra majores 16. Cod. de inoff. testamento: *Ved. i num. seg.*

2 *Le prescrizioni temporali, contr'i minori, non corrono.*

3 *Concorrendo due azioni l'una contraria all'altra, le quali non si possano unitamente, ma alternativamente proporre, se, proponendosene una, corra intanto il tempo della prescrizione per l'altra, sicchè questa non si possa successivamente più proporre:* Ved. i num. seg. *e le limitazioni ne'* num. 6. 7. ed 8.

9 *La massima*, Non valenti agere, non currit praescriptio, *in quali casi abbia luogo.*

10 *Il minore può ripudiare l'eredità, che ha adita.*

11 *Il minore, tuttochè abbia ripudiata l'eredità, e dato luogo al sustituto, può adirla, tranne però il caso, dove il sustituto, sostenendo fatiche, e spese, abbia condotto*

dotto a fine le liti, ond' era l' eredità gravata: Ved. il num. ſeg.

13 *Il diritto del congruo è odioſo, ed introdotto contra la diſpoſizione del* jus *comune.*

14 *Il diritto del congruo, è un diritto di mera prelazione; e coſa operi:* Ved. il num. ſeg.

15 *Il vicino retraente, non può pretender la roba contr' a quello, che trovaſi convenuto col primo compratore, e renderſi migliore della condizion di coſtui.*

16 *L' ipoteca, o la vendita di coſa ſoggetta a fedecommeſſo, o legato condizionale, è valida da principio, avvegnachè, verificandoſi dappoi la condizion del legato, o del fedecommeſſo, debbaſi la coſa dal compratore reſtituire.*

17 *La vendita della coſa aliena, è valida. L' ipoteca della coſa aliena, è nulla: e qual ne ſia la ragion della differenza:* Ved. il num. ſeg.

ALLEGAZIONE XI.

NON ad altro è diretta queſta mia breve *Scrittura*, che a ſciorre un argomento, che vuol trarre in ſuo pro D. Girolamo Caſavola dalla *L. contra majores* 16. *C. de inoff. teſtam.*

Contra majores XXV. annis (così reſcriſſero gl' Im- 1
peradori Valeriano, e Galieno) *duplicem actionem inferentes, primam, quaſi teſtamentum non ſit jure perfectum, alteram, quaſi inofficioſum, licet jure perfectum, praeſcriptio ex prioris judicii mora quinquennalis temporis non naſcitur, quae officere non ceſſantibus non poteſt.*

Nella traſcritta Legge ſi parla de' maggiori di anni 2
xxv. (giacchè i minori, prima dell' Imp. Giuſtiniano, erano reſtituiti *in integrum* contra le preſcrizioni temporali, che oggi in virtù di una Coſtituzione dell' iſteſſo

Im-

Imperadore (*a*) contr' i minori affatto non corrono) e
3 ſi dice, che ſe un maggiore, avendo due azioni, l' una contraria all'altra, quali ſono l' azione della nullità del teſtamento per difetto di ſolennità, e la querela del teſtamento inofficioſo, le cumuli tutte e due, *adhibita proteſtatione, ſive alternatione*, come nota il Cujacio (*b*), dee prima ſpedirſi il giudizio della nullità; e ſe intanto paſſa il quinquennio, onde preſcriveſi la querela del teſtamento inofficioſo, queſta non ſi ha per preſcritta, perchè non corre la preſcrizione a danno di chi non è negligente.

L' argomento, che quinci ſi trae dal Caſavola, è queſto. Pendente il giudizio della nullità del teſtamento, non corre la preſcrizione della querela del teſtamento inofficioſo, perchè, pendente il primo giudizio, non può farſi luogo al ſecondo, come incompatibile col primo. Dunque, pendente il giudizio da D. Pietrantonio Giuliani promoſſo della nullità della vendita fattagli della maſſeria detta la *Travitella*, correr non deve a danno di eſſo Caſavola la preſcrizione dell'azion del congruo, perchè, ſupponendo queſta la validità della vendita, è del tutto incompatibile col giudizio della nullità.

Primachè mi faccia a moſtrare, come mal ſi tragga coteſto argomento dalla *L. contra majores*, è da notare, che'l Giuliani non ebbe mai l' animo d'impugnar come nulla, nè come nulla impugnò mai la vendita fattagli della *Travitella*. Fatto il contratto, e preſo il poſſeſſo del ſondo, ebbe la notizia, ch' era queſto ſoggetto ad un ſedecommeſſo ordinato dal padre de' venditori, e che allo ſteſſo ſedecommeſſo ſoggiaceano ancora tutti gli altri beni, che gli erano ſtati obbligati in qualun-

(a) *L. ult. C. in quib. cauſ. in integr. reſt.*
(b) *Conſult. XI. in fine tom. 1. pag. 659. edit. Neap.*

lunque caso di evizione. Questo suo timore, per sua maggior sicurezza, deduſſe nel S. Consiglio; e questo istesso timore deduſſe ancora nella denuncia, che fece in iscritto a' vicini, tra quali fu D. Nicola Casavola, padre di D. Girolamo, ch'è oggi in giudizio. Pur si conceda, che giudizio di nullità fosse stato il giudizio dal Giuliani introdotto, e si venga all'argomento tratto dalla L. *contra majores*.

Tanto è lontano, che possa il Casavola di cotesta Legge valersi in suo pro, che anzi non ci è luogo de' Libri del jus civile, che meglio escluda la sua pretensione. La ragion della Legge non è, perchè, promosso 4
il giudizio della nullità del testamento, non può proporsi la querela della inofficiosità. Le parole della Legge, *duplicem actionem inferentes*, non ci fanno dubitare, ch'eransi in quel caso promosse tutte e due le suddette azioni, se non che dovettero esser promosse, *adhibita alternatione*, come diceva il Cujacio, o, come dicesi comunemente appresso noi, *conditionaliter & successive*: nel qual modo scrive, sponendo la d. Legge, il Brunnemanno (*a*), poter' uno *contraria dicere*. La ragion vera è quella, che gli stessi 5
Imperadori ne recano, cioè, che *praescriptio officere non cessantibus non potest*: la quale in quel caso ha luogo, e non ha luogo nel nostro. Nel caso della Legge, quello stesso attore, cui competer potea la querela del testamento inofficioso, quello stesso avea promosso, e proseguiva il giudizio della nullità, onde non poteva esser notato di negligenza: anzi, proseguendo il giudizio della nullità, facea, sebbene con diversa azione, quello stesso, che fatto avrebbe, proseguendo il giudizio della inofficiosità, giacchè coll'una, e coll'altra s'impugna il testamento. *Iste textus* (ecco la bella sposizione, che

delle

(a) *Num.* 7.

delle parole, *Praeſcriptio officere non ceſſantibus non poteſt*, ſa Paolo de Caſtro (a) *videtur velle, quod tempus non currat, nec proveniat ex eo, quia non potuit querelam proponere, durante primo judicio* (ecco eſcluſo l'argomento del Caſavola) *ſed proveniat ex eo, quod, illo judicio durante, NON CESSAT filius teſtamentum impugnare, licet non per querelam*. E queſta e' ſoggiunge eſſer la ragione, perchè, *durante compromiſſo, non currat tempus appellationis proſequendae*. Non corre il tempo, perchè chi litiga *coram arbitris, appellationem videtur proſequi, quia quotidie impugnat ſententiam*. Non altrimenti il ſopraccitato Brunnemanno (b): *Qui habet duo remedia elective, quae ambo ſucceſſive, non tamen ſimul intendi poſſunt, ſi in uno VIGILET, alteri non praeſcribitur*. Perchè non corra la preſcrizione, è neceſſario, che colui, al quale la doppia azion compete, *in una non ceſſet*: è neceſſario, che *vigilet in una*.

6 A più chiaro intendimento di ciò, ſi finga, che non tutti gli attori, a' quali la doppia azion competeva, abbian promoſſo il giudizio della nullità, come tutti il promoſſero nel caſo della L. *contra majores*; ma l'abbia un ſolo di eſſi promoſſo, e ſe ne ſia l'altro ſtato ozioſo aſpettandone la riuſcita, per poi proporre la querela, e ſia intanto paſſato il quinquennio. In tal caſo, vedendo coſtui riuſcito a male l'azione della nullità, avrebbe potuto pretendere, che preſcritta non foſſe la querela a lui competente della inofficioſità? No di certo, perchè non può egli dire di ſe, che *in una non ceſſavit*; non può dire, che *vigilavit in una*.

Si vegga ora, ſe poſſa la Legge *contra majores* al noſtro caſo adattarſi. Ceſsò, o non ceſsò: dormì, o veg-

ghiò

(a) *Ad cit. L. contra majores num.* 2.

(b) *Loc. cit. num.* 6.

ghiò D. Nicola Caſavola dopo il dì 1 del meſe di Novembre dell'anno 1764, nel qual dì gli fu dal Giuliani denunciata la vendita? Da quel dì fino al meſe di Marzo dell'anno 1770, nel quale ſi morì, ſe ne ſtette cheto: nè prima del dì 3. del meſe di Agoſto del ſuddetto anno 1770. ha'l ſuo figlio, ed erede D. Pietrantonio iſtituita l'azion del congruo. Dunque per chiara ed eſpreſſa diſpoſizione della L. *contra majores*, l'azione è preſcritta. Nè tanta nel noſtro caſo è l'incompatibilità 7
delle azioni, quanta è nel caſo della L. *contra majores*. Nel caſo di queſta Legge le due incompatibili azioni alle ſteſſe perſone competono, e dalle ſteſſe s'iſtituiſcono, onde, proponendole eſſe ad un tempo, contraddicono a ſe medeſime: della quale non ci ha men tollerabile contraddizione; e perciò conviene, che ſe tutte e due le voglion proporre ad un tempo, ne propongano puramente, e direttamente la principale, e condizionatamente, e ſucceſſivamente la men principale: o ſe una ſola ne voglion proporre, ſi proteſtino per l'altra, ſecondochè dal Cujacio, e dal Brunnemanno fu inteſa la L. *contra majores*. Nel caſo noſtro le due azioni, l'una del- 8
la nullità della vendita, che pretendeſi iſtituita dal Giuliani, l'altra del congruo competente al Caſavola, comecchè ſieno incompatibili, non ſi uniſcono nelle ſteſſe perſone, ſicchè debban queſte, proponendole ad un tempo, a ſe medeſime contraddire. Queſta ſeconda incompatibilità, non contenendo quella tal contraddizione, operar non potea, che non poteſſe, o non doveſſe il Caſavola dentro il tempo dalla Coſtituzione preſcritto venire in giudizio, e dedurre l'azione, come non l'opererebbe nè men quando due incompatibili azioni competeſſero alle ſteſſe perſone, una delle quali non veniſſe in giudizio: qual'è 'l caſo da me già finto di due figli, a' quali competa la doppia azione della nullità, e della

inofficiosità del testamento, ma le abbia l'uno nel modo già detto proposte tutte e due, l'altro, non inerendo al giudizio, se ne sia stato per tutto il quinquennio ozioso. Per Legge, a niuno può giovare, come non può nuocere, il fatto di altrui: ed al fratello, che *cessavit*, & *non vigilavit*, gioverà poi il fatto del fra-
9 tello, che *vigilavit*, & *non cessavit?* Finalmente è da notare, che la massima tanto trita nel foro: *Non valenti agere, non currit praescriptio*, ha luogo nel solo caso, che colui, al quale competerebbe l'azione, non può affatto proporla, nè meno in modo, che ne resti negli atti inutile il libello fino alla spedizione di altro incompatibile, ed assorbente giudizio: qual'è'l caso di chi non può proporla per giusta ignoranza del proprio diritto, o per altro invincibile impedimento. Si veggano Matteo degli Afflitti (*a*), l'Ursillo (*b*), e'l Magone (*c*).

Dovea dunque il Casavola, perchè non gli ostasse la prescrizione, venire in giudizio, e proporre l'azione, dicendo, che intendea di sperimentar sua ragione, posto che si fosse fine al giudizio assorbente della nullità: se non che sarebbe questo immediatamente cessato, perchè, vedendo il Giuliani, che gli si togliea di mano la massaria, ne avrebbe deposto il pensiero; ed avrebbe allora dovuto il Casavola o proseguir la lite dal Giuliani introdotta, o cedere, se così gli piacesse, alla lite.

Ed o quanto peggiora la causa del Casavola, per essersi dal Giuliani introdotto il giudizio della nullità! Se l'avesse introdotto il venditore o per dolo, che avesse data causa al contratto, o per altro motivo di nullita, comecchè, anche in tal caso, avrebbe potuto, e dovu-

to

(a) *Decis.* 37. *num.* 1. & 2.
(b) *Ad d. Decis. num.* 2. & 3.
(c) *Decis. Florent.* 95. *num.* 10. & *seq.*

to il Caſavola dedurre condizionatamente l' azione, pure, perchè, ſuccedendo eſſo in luogo del compratore, e conſeguentemente in luogo del reo, non avrebbe potuto avere ſenza lite la roba, potrebbeſi il ſuo ſilenzio in qualche modo ſcuſare. Ma, poichè dal compratore era ſtato introdotto il giudizio, ben poteva il Caſavola, cedendo alla lite, liberarſene ad un tratto.

E come poteva il Caſavola (dice il Contradditore) liberarſene in modo, che non ne aveſſe a temere nel tempo avvenire? La nullità della vendita ſi facea naſcere dall' avere il padre de' venditori ſottopoſti a fedecommeſſo i ſuoi beni, tra' quali era la maſſeria venduta da' figli al Giuliani: onde, ſe, cedendo alla lite, era ſicuro il Caſavola, che, durante la vita de' venditori, non gli ſi ſarebbe tolta di mano la roba, non era poi ſicuro, che dopo la coſtoro morte, non gliela toglieſſer di mano gli ulteriori chiamati. Gli dovea dunque importare, che la lite ſi proſeguiſſe, e che per diffinitiva ſentenza di Magiſtrato valida, o nulla ſi dichiaraſſe la vendita.

E voleva il Caſavola (riſpondo io) che ſi proſeguiſſe, e ſi terminaſſe la lite ad iſtanza, ed a ſpeſe del Giuliani per venire dappoi in giudizio, quando altro non reſtava a fare, che torgli di mano la maſſeria libera e franca? E per quali principj di civile equità potea luſingarſi, che gli ſi menaſſe buona una pretenſione cotanto incivile? Una ſimile pretenſione non volle il giuriſconſulto Scevola menar buona ad un minore, tuttochè favorito tanto, quanto ciaſcun sa, dalle Leggi. Può'l mi- 10
nore, che abbia adita una eredità, col beneficio della reſtituzione *in integrum* ripudiarla: e ſe dopo di averla 11
ripudiata, e dato luogo al ſuſtituto, la vuole adire, anche il può fare: *& hoc*, dice Ulpiano (a), *& reſcriptum*,

(a) *L. ait Praetor 7. §. 9. de min.*

12 *& responsum est*. Ma se, dappoichè 'l sustituto, sostenendo fatiche, e spese, ha condotto a fine le liti, ond'era gravata l'eredità, vuole il minore adirla, e chiede di essere restituito *in integrum*, dev' esserne escluso. *Scaevola noster ajebat* (così ci lasciò scritto il giureconsulto Paolo (*a*), *si quis juvenili levitate ductus, omiserit, vel repudiaverit hereditatem, vel bonorum possessionem, si quidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est: si vero jam distracta hereditate, & NEGOTIIS FINITIS AD PARATAM PECUNIAM LABORIBUS SUBSTITUTI VENIAT, repellendus est*. Trattavasi di un minore, che avea ripudiata l'eredità, *juvenili levitate ductus*. Qual causa più privilegiata? Chiedea colui la restituzione *in integrum*, che aveagli nell' Editto promessa il Pretore, *naturalem aequitatem sequutus*, come parla Ulpiano (*b*). E pure francamente dice Scevola, *Repellendus est*. E perchè? Perchè la chiedea *negotiis finitis*; e veniva *ad paratam pecuniam laboribus substituti*. Per questa sola circostanza così Scevola opinò in una causa tanto favora-
13 bile, quanto è quella di un minore. E in una causa odiosa, qual' è quella del congruo, introdotto appresso noi contra la disposione del jus comune, che 'l chiamò, *gravem injuriam, quae inani honestatis colore velatur* (*c*), concorrendovi la stessa circostanza, chi è, che possa opinare altrimenti? Nè la sola civile equità osta al Casa-
14 vola: gli osta ancora la più stretta giustizia. E' Massima indubitata di Legge, essere il diritto del congruo un diritto di mera prelazione, il quale altro non fa, che porre uno in luogo di un altro, non mutato per nulla
15 lo stato delle cose. Quinci segue, che se 'l primo com-

pra-

(a) *L. quod si minor* 24. §. 2. *ff. eod.*
(b) *L.* 1. *pr. ff. eod.*
(c) *L. duduin* 14 *C. de contr. emt.*

pratore ha comprato o sotto qualche condizione, o col patto di retrovendere, o con altro patto resolutivo della compera, non può'l secondo compratore, esercitando il diritto del congruo, in alcun modo pretendere di aver la roba contr' a ciò, che si è convenuto col primo. Posto ciò, se nel tempo della denuncia fatta al vicino, tra'l venditore, e'l primo compratore pende una qualche lite, il cui effetto esser potrebbe la risoluzione del contratto; siccome ne' casi della condizione, o de' patti risolutivi apposti alla compera, non può'l secondo compratore pretendere di non correre il rischio, che 'l primo correa di vedersi tolta di mano la roba, come se la compera non si fosse mai fatta, così non può pretendere di non correre il rischio della lite, altrimenti migliore della condizione del primo compratore sarebbe la sua: la qual cosa è sconcissima a dire. Si vegga dintorno a ciò quel, che dal mio dottissimo Collega si è scritto nell'Allegazione de' 24 Settembre 1773 dalla carta 78. fino alla 82.

Si aggiunge, che avendo il Giuliani fatto sapere 16
al Casavola, ch'*era esso in voto* di ricorrere al Magistrato, *sopratutto a riflesso della disposizione testamentaria del fu D. Giannantonio Piccoli padre de' venditori*, ben poteva, e doveva il Casavola, se avea voglia di ritrarre la masseria, dare un guardo al testamento del Piccoli: e se ciò avesse fatto, avrebbe certamente ceduto alla lite. Quivi il testatore, dopo di avere scritti eredi i tre suoi figli; ordina, *che, morendo uno di essi, succedano gli altri superstiti e viventi, e l'uno succeda all'altro, e l'altro all'uno: e che nel caso predetto, il premoriente possa solo disporre di duc.* 300. La sustituzion fedecommessaria non va oltre i tre figli: e da tutti e tre i figli era stata venduta la masseria. Non era dunque da temere, che nulla fosse la compera, e ne fu ben persuaso lo stesso Casavola, che in una

sua

ſua *Supplica*, diſſe del Giuliani, che *inſtetit minus juſte, immo calumnioſe pro nullitate contractus*. Che ſe foſſe il teſtatore paſſato a gradi ulteriori, nè meno, in tal caſo, nulla da principio ſarebbe ſtata la vendita, come quella, che faceaſi di roba, la quale certo non era, che ſarebbe un tempo ſpettata ad altrui, perchè certo non era, che nati ſarebbero gli ulteriori chiamati, ed aveane intanto il poſſeſſore, che la vendeva, il pieno dominio. Ciò non oſcuramente raccoglieſi da una Coſtituzione dell' Imp. Giuſtiniano (*a*), della quale il dottiſſimo Franceſco Raguelli ſcriſſe così (*b*): *Poſtea Juſtinianus agit de legato, & fideicommiſſo, quod relictum eſt ſub conditione, vel ſub incerta die: quae paria habentur, nam dies incertus conditionem facit, quia poteſt non cedere. Conditione autem, vel incerta die pendente, heres dominus quidem pleno jure cenſetur rei legatae, aut relictae, ita ut non prohibeatur ejus rei alienatio, vel hypoteca, ſed conſulto fecerit, ſi medio tempore rem non alienaverit, quoniam die, vel conditione exiſtente, legatum praeſtare, aut fideicommiſſum reſtituere debet, & evictionis nomine teneretur*
17 *emtori*. Oltracciò, per Legge, nel caſo ancora, che vendaſi roba certamente aliena, comecchè per sì fatta vendita non ſi trasferiſca il dominio nel compratore, nondimeno la vendita vale. Ce ne aſſecura Ulpiano: *Rem alienam*, e' dice (*c*), *diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt; nam emtio eſt, & venditio*. Può, nol nego, ſopravvenire il padron della roba, e torla al compratore; ma quinci non ſegue, che la vendita ſia nulla: e perciò ſoggiunge immediatamente Ulpiano, *Sed res emtori*
18 *auferri poteſt*. L'ipoteca, non la vendita della roba aliena,

(a) *L. ult. §. 3. C. comm. de legat.*
(b) *Ad Deciſ. Juſtin. lib. 6. p. 521.*
(c) *L. rem alienam 28. de contrab. emt.*

na, è nulla (*a*): e la ragion della differenza, è queſta. Per l' ipoteca ſi obbliga la coſa ſteſſa: il che non può farſi da colui, che non ha ſulla coſa diritto alcuno (*b*): al contrario il venditore prende ſopra di ſe un obbligo meramente perſonale non di trasferire nel compratore il dominio della merce, ma di dargliene il ſemplice poſſeſſo, ch'è la tradizion della merce, la qual può farſi come della propria, così ancora della roba di altrui. Chiariſſimamente l'inſegna il ſopraccitato Ulpiano (*c*): *Ipſam rem praeſtare venditorem oportet, id eſt, tradere: quae res, ſi quidem dominus fuit venditor, facit & emtorem dominum: ſi non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat.* E ciò tanto è vero, che ſe, evincendoſi dal padrone, ſi tolga di mano al compratore, ha coſtui, contr' al venditore, l'azione *ad id quod intereſt*, che non è altra, che l' azione *ex emto, vendito* (*d*): il qual nome è ſicuro argomento della validità del contratto, non potendo da un contratto nullo naſcere azione, cui dia nome il contratto.

Di Caſa addì 21. del meſe di Luglio dell'anno 1775.

DEL-

(a) *L. quae praedium 6. C. ſi aliena res pign.*
(b) *L. aliena 20. ff. de pign. act., ad quam v.* A. Fabr.
(c) *L. ex emto 11. §. 2. de act. emti.*
(d) *L. ex emto 11. pr. §. 1. 14. & 15. eod.*

Per D. Cesare Giuliani contr' al Principe di Santobuono.

ARGOMENTO.

I. De' contratti delle donne riguardanti le obbligazioni, le cessioni, e le alienazioni de' beni dotali, od estradotali, e le rinunzie dell'ipoteche, che rappresentano sopra i beni de' lor mariti.

II. Si spone la Prammatica unica *de S. C. Vellejano*, e si mostra quando l' assenso sull' obbligo delle donne siasi validamente, o nullamente impetrato.

III. Per quali circostanze i rescritti si abbiano per nulli. Quali sieno i rescritti *di grazia*, e quali quelli *di giustizia*: quando si dicano orrettizj, e surrettizj: quando per la sola orrezione possano valere: e quando abbia luogo l' arbitrio del Giudice dichiarante il rescritto viziato, o non viziato.

IV. Che non ci sia Legge permettente alle donne, anche senza l'assenso, di obbligarsi, o di alienar le doti per liberar dalle carceri il marito. Si spongono la *L. mutus* 73. §. 1. *ff. de jur. dot.* la *L. quamvis* 20. *ff. solut. matr.*, e la *L. sed & si* 21. *ff. eod.*

V. Se 'l legato lasciato sotto la condizione, *quum nupserit*, si debba alla donna, la quale in tempo del testamento erasi già maritata, oppure debbansi attendere le seconde nozze. E se lo stesso legato debbasi come dotale alla legataria, che siasi maritata dopo il testamento, ed in vita del testatore. Si spone la *L. si ita* 68. *ff. de condit. & demonstrat.*

SOM-

SOMMARIO.

1 IL *ſolo ſommario delle ſuppliche, che ſi porgono al Principe, è quello, che attender ſi dee per poterſi dirittamente giudicar del reſcritto.*

2 *La donna, comecchè non poſſa obbligare i beni eſtradotali, ben può però cedergli, ed in qualunque altro modo alienarli, purchè la ceſſione, o l' alienazione non ſi faccia in frode del Vellejano:* Ved. il num. 5. *Qual ſia la ragione, onde le ſi conceda il più, e le ſi proibiſca il meno:* Ved. il num. 3.

4 *La donna può rinunziare all' ipoteca, che rappreſenta su i beni del marito, purchè ce ne reſtino tanti, che baſtino alla reſtituzion delle doti:* Ved. i num. 15. 16. e 17.

6 *Si eſemplifica il caſo, onde la donna faccia la vendita in frode del Vellejano.*

7 *Si ſpone la Prammatica unica* de S. C. Vellejano, *e ſi moſtra quando l' aſſenſo ſull' obbligo della donna ſiaſi bene, o malamente impetrato:* Ved. i num. ſeg.

9 *Ne' caſi dubbj, l' eccezione di detta Prammatica, aſſi ad interpetrare a favor delle donne.*

10 *I reſcritti, che ſi dan fuori a perizion di parte, maſſimamente quelli, che ſi chiaman* di grazia, *per quali circoſtanze ſi hanno per nulli:* Ved. i num. 11. 12. 13. 14. 26. e ſeg.

11 *Comecchè l' uomo oneſto il ver non offenda, ſe 'l taccia; nondimeno nelle preghiere, che al Principe ſi porgono, è, ſecondo le Leggi, non men contrario al vero, tacere una verità, che aſſerire una menzogna.*

12 *I reſcritti contengono la condizione,* ſi preces veritate nitantur: *condizione, che per jus Civile deeſi eſpreſſamente apporre: per jus Canonico, anche non apposta, ſi ſottintende.*

18 *Non è da presumere, che 'l testatore abbia voluto incontanente contraddire a se stesso.*

19 *La donna, anche col consenso del marito, non può alienare il fondo dotale.*

20 *Le donazioni tra marito, e moglie, sono proibite. E proibito è ben anche alla donna di donare al creditor del marito:* Ved. il num. seg.

21 *Se l'assenso abbiasi per valido, nel caso, che 'l Principe avrebbe assentito, anche se espressa si fosse la qualità, che si è taciuta:* Ved. i num. seg.

24 *Gli assensi, onde si deroga alle Leggi, sono di stretta interpetrazione: e non si estendono da cosa a cosa nè per uguaglianza, nè per maggioranza di ragione.*

28 *Dove chiara è la Legge, cessa l'arbitrio del Giudice: dove manca, od è dubbia la Legge, l'arbitrio comincia.*

29 *De' rescritti orrettizj, e surrettizj; e si distingue tra l'orrezioni, e surrezioni nascenti da malizia, e frode, e le nascenti da ignoranza, e semplicità. Per quali circostanze assi a presumere il dolo, o la semplicità:* Ved. i num. seg.

30 *L'ignoranza, nel fatto proprio, non si presume giammai:* Ved. il num. seg.

33 *Della differenza, che passa tra i rescritti* di giustizia (*che comunemente diconsi* ad lites) *e i rescritti* di grazia: *Ved. i num. seg.*

34 *La distinzione accennata nel* num. 29. *ha luogo ne' soli rescritti* di giustizia, *i quali per la* surrezione *non vagliono; ma per la* orrezione *possono valere; e quando:* Ved. il d. num. 29.

35 *I rescritti* di grazia, *si viziano così per la* surrezione, *che per la* orrezione.

36 *Ne' rescritti* di giustizia, *o sieno* ad lites, *ha luogo l'arbitrio del Giudice, il quale può dichiarare, se 'l rescritto sia si, o no viziato: e cotesto arbitrio deve essere re-*

regolato da due maſſime legali, e quali ſieno: Ved. i num. 13. 25. 26. 27. e ſeg.

37 *Quali coſe debbanſi eſporre dalla donna dimandante l' aſſenſo.*

38 *La donna napoletana, per la Conſuetudine* Bona ſtabilia, *può ſoltanto alienare, o permutare il fondo dotale, conſentendovi il marito, purchè la vendita, o la permuta torni in utilità di lei:* Ved. i num. ſeg.

40 *Le precedenti parole generali, tal volta ſono riſtrette dalle ſeguenti, che generali non ſono.*

43 *Non ci ha Legge, che permetta alla donna, anche ſenza l' aſſenſo, di obbligarſi, o di alienar le doti, per liberar dalle carceri il marito:* Ved. i num. ſeg. e 'l num. 56. *E ci ſono autorità di Dottori, ed eſempj di coſe giudicate, che in ſimili caſi ammettono le donne all' eccezione del Vellejano:* Ved. il num. 51. e ſeg.

44 *Ceſſa il S. C. Vellejano, quando la donna ſi obbliga per la libertà di un ſervo, che non le ſi attiene:* Ved. i num. ſeg.

45 *La libertà de' ſervi fu avuta da' Romani in pregio ſopra la ſteſſa vita.*

46 *Per gl' incarcerati per debiti, ſono le Leggi in qualche modo favorevoli: ſono, per l' oppoſto, contrarie per gl' incarcerati per gravi delitti:* Ved. il num. 55.

47 *Spoſizione della* L. mutus 73. §. 1. ff. de jur. dot. *della* L. quamvis 20. ff. ſolut. matr. *e della* L. ſed & ſi 21. ff. eod. *Ved. i num. ſeg.*

48 *Al marito permetteva la Legge Giulia l' alienazione del fondo dotale, ſe eſpreſſamente, o tacitamente gliel conſentiva la moglie:* Ved. il num. 50. *Alla qual Legge derogò Giuſtiniano:* Ved. il num. 49.

52 *Alle donne, che ſi obbligano per altrui, ſono favorevoli le Leggi, e maſſimamente alle mogli, che ſi obbligano pe' mariti.*

53 *Le Leggi non ſoccorrono a coloro, che per propria colpa cadono in neceſſità.*

54 *Ci ha caſo in cui, a giudizio de' Dottori, può la miglie obbligarſi per liberar dalle carceri il marito carcerato per debiti.*

55 *La donna non può obbligarſi per liberar dalle carceri il marito, che ſia ſtato incarcerato per grave delitto:* Ved. il num. 46.

57 *Il dominio, che'l marito rappreſenta ſopra la dote della moglie, dagli antichi fu chiamato dominio* bonitario.

58 *Le doti ſi coſtituiſcono per le promeſſe, che ſono le* cauſe: *e per le tradizioni, che ſono i* modi, *non altrimenti, che ſi acquiſtano i domini delle coſe.*

59 *Le doti ſi poſſono coſtituire da chicchеſſia così per atti tra' vivi, che per atti di ultime volontà.*

60 *Della regola, che aſſi a tenere per conoſcerſi quando i beni della donna ſieno dotali, od eſtradotali.*

61 *Nel dubbio, è da preſumere, che ciaſcuno ſoddisfaccia al ſuo debito, ſpezialmente quando abbia cominciato a farlo.*

62 *Quella regola di Legge,* In omnibus cauſis pro facto accipitur id, in quo per alium mora ſit, quominus fiat, *ha luogo ne' contratti, e nelle ultime volontà.*

63 *Il dominio delle doti paſſa nel marito per poteſtà di Legge contra la volontà del padron della roba.*

64 *Per cagion del fatto altrui, non deeſi alla noſtra condizione detrimento arrecare.*

65 *La dote può coſtituirſi, ed accreſcerſi dopo contratte le nozze:* Ved. i num. ſeg.

66 *Il teſtatore, ſe ad una donna, che sa di eſſer già maritata, laſcia un legato ſotto la condizione,* quum nupſerit: *il legato ſi dovrà, quando la legataria paſſerà a ſeconde nozze. Si ſpone la* L. ſi ita 68. ff. de cond. & demon. *Ved. i num. ſeg.*

67 *La*

67 *La ſemplice menzione delle future nozze, fa, che 'l legato ſi abbia per legato di dote.*

69 *La particella* Et, *poſta tra più coſe, neceſſariamente richiede, che ſi verifichino tutte.*

70 *Il legato laſciato alla donna ſotto la condizione,* quum nupſerit, *ſe debbaſi come dotale, caſochè le nozze ſieno ſi contratte dopo il teſtamento, ed in vita del teſtatore.* Ved. i num. 66. 67. e 68. e i num. 71. 72. e 73.

ALLEGAZIONE XII.

L'Anno 1697. Iſabella di Simone comperò dal Principe di Santobuono D. Carmine Caracciolo annui ducati 60. per lo capital prezzo di ducati mille, come coſta da iſtrumento ſtipulato per Niccolò Zatitta. Si pagarono le convenute annualità ſino all'anno 1708., nè più ſi pagarono in appreſſo. Solamente negli anni 1723. e 1724. furono liberati a Notar Gennaro Falanga, marito d'Iſabella, duc. 310. in conto delle annualità decorſe. Ecco donde naſce l'azione iſtituita l'anno 1752. dal Dott. D. Ceſare Luciani erede d'Iſabella. Pretende egli, che ſi condanni il Principe D. Gregorio, erede del Principe D. Carmine, a pagargli duc. 2380. di annualità decorſe ſino al dì della lite moſſa, ed a fargli l'aſſegnamento per l'avvenire, giuſta il convenuto nel ſuddetto iſtrumento: aſſegnamento, di cui avea goduto Iſabella per tutto l'anno 1701.

Oppone il Principe D. Gregorio un'iſtrumento dell'anno 1703., onde crede eſtinto il credito d'Iſabella. In quell'iſtrumento ſi dice, che'l Falanga, *ſenza ſaputa del Principe D. Carmine, ſotto varj, e figurati preteſti, e contratti ſimulati, ſervendoſi di mille colori, e raggiri, che per far coſa grata al d. Falanga nell'iſtrumento diſtinta-*

mente

mente non ſi deſcrivono, ſi avea pigliati da' Banchi di Napoli più migliaja di ducati proprj di eſſo Principe: ſi ſoggiunge, che, temendo il Falanga la pena dovuta al ſuo delitto, fuggiſſene in Roma con ſua moglie: che, tornato poi in Napoli, rifuggì alla Chieſa di S. Giovanni a mare: che, uſcito di là, fu incarcerato per querela datagli da Niccolò Stella: che 'l Principe di Santobuono, ſaputa l' incarcerazion del Falanga, fece iſtanza, che non ſi ſcarceraſſe, ſe non aveſſe interamente pagato il debito; e che 'l Falanga, per liberarſi dalle carceri, oltre alcune centinaja di ducati, che promiſe di pagare al Principe D. Carmine, gli diè *in ſolutum* un'appartamento di certa ſua caſa, e diciaſſette protocolli; e finalmente *tanto a proprio nome, quanto come marito, e legittimo amminiſtratore d' Iſabella di Simone ſua moglie, gli cedè in ſolutum, & pro ſoluto il ſuddetto capitale di ducati mille co' ſuoi annui ducati 60., che detta ſua moglie dovea conſeguire, pervenutole dall' eredità del qu. D. Giantommaſo di Simone ſuo zio:* la qual ceſſione fu poi munita del Regio aſſenſo, e da Iſabella ratificata.

Dunque la controverſia, che aſſi oggi a decidere, è queſta, ſe per l'iſtrumento dell'anno 1703. ſieſi eſtinto il credito, che per l'iſtrumento dell'anno 1697. aveva Iſabella acquiſtato. Crede di nò D. Ceſare Luciani, per cui ſcrivo: nè, per mio giudizio, s'inganna; poichè, quando anche non ſieno, come ſono, *ne' faſcicoli di Not. Nicola Monte di mano aliena con poſtille, caſſature, e viziature* l'iſtrumento dell'anno 1703., e 'l ratificamento della ceſſione; e, quando anche coſti, come non coſta, del furto, e delle falſità del Falanga, della di lui fuga in Roma, del ritorno in Napoli, della di lui incarcerazione, e liberazione, e di tutto quel, che di più raccontaſi nell'iſtrumento; la ceſſione del capitale di ducati mille, fu nulla, perchè fu nullo l'aſſenſo.

Per-

Perchè ciò si possa più agevolmente mostrare, giova, che quì si trascrivano le parole del memoriale, che porse Isabella al Vicerè: *La supplicante ha offerto di cedere a beneficio di detto Ill. Principe il capitale di duc.* 1000., *e per essi annui ducati* 60., *che essa supplicante deve conseguire da detto Ill. Principe per istrumento per mano di Notar Nicola Zatitta di Napoli, dependenti detti duc.* 1000. *dall' eredità del fu Signor D. Gio: Tommaso de Simone zio della supplicante, e spettanti alla supplicante, come sua erede testamentaria, con farne la supplicante a beneficio di detto Ill. Principe, a maggior cautela sua, anche quietanza del suddetto capitale, e terze in ampla forma. E perchè, Eccellentiss. Signore, detto Ill. Principe non intende venire alla suddetta convenzione senza l' espresso assenso, e consenso di V. E. rispetto dell' obbligo, seu cessione, che deve fare la supplicante del suddetto capitale di duc.* 1000., *quanto anche alla rinunzia dalla suddetta supplicante facienda dell' ipoteca dotale contratta sopra li beni di detto suo marito, affinchè il suddetto appartamento, che si cederà a beneficio di detto Ill. Principe, resti libero, ed esente della suddetta ipoteca contratta per sue ragioni dotali, per la qual causa la supplicante intende cedere il suo luogo, e ragioni sue dotali a beneficio di detto Ill. Principe: e come che, Eccellentissimo Signore, detto Notar Gennaro, marito della supplicante, si macera in dette carceri; per tanto supplica V. E. esserle lecito far detta cessione di capitale di duc.* 1000. *colla sua annualità, e rinuncia d' ipoteca, e sopra quella prestarci il suo Regal beneplacito, e assenso, e dar licenza al Notaro, che possa stipulare, e lo riceverà a grazia ut Deus.* Segue il som- 1
mario, che, per avviso del Card. de Luca (*a*), è quello, che solo attender si dee, per potere dirittamente giudi-

car

(a) *De Regal. disc.* 201. *n.* 9. *&* 10.

car del reſcritto, come quello, che ſolo ſi recita al Principe, e di cui ſolamente il Principe ha ſcienza. *Poſſiede la ſupplicante un capitale di duc.* 1000. *eſtradotale pervenutole come erede di ſuo zio: ſupplica l' aſſenſo alla ceſſione del medeſimo a beneficio di un creditore di ſuo marito, che ſi ritrova carcerato, ed anco alla ceſſione di ragione ſopra una porzione di caſa, che dal medeſimo ſuo marito ſi poſſiede, acciò ſia ſcarcerato = Liceat pro excarcerando viro = Guerriero R. = Biſcardus R. = Caeteri Reg. non interfuerunt = Neap.* 22. *Auguſti* 1703. =

Ecco l' aſſenſo, della cui forza oggi, che ſi è ridotto *ad jus & juſtitiam*, ſi dee giudicare. E perchè giudicar ſe ne poſſa, farò io un comento ſul memoriale d' Iſabella, e ſul ſommario, e piacemi di partirlo in tre Capi. Dimoſtrerò nel I., che, quando attender ſi voglia la ragion, che moſſe Iſabella di Simone a chieder l' aſſenſo, queſto fu nullo per difetto di giuridizione: nel II., che, quando ſi voglia por mente ad altre ſorti ragioni, per cui chieder ſi doveva, fu parimenti nullo per quel che nel memoriale d' Iſabella, e nel ſommario ſi tacque, e per quel, che falſamente ſi eſpreſſe: nel III., che non vaglion per nulla le ragioni, onde ſi ſtudia il dotto Avvocato del Principe di Santobuono di difendere o l' aſſenſo, o l' iſtrumento.

CA-

CAPO I.

Quando attender ſi voglia la ragion, che moſſe Iſabella di Simone a chieder l' aſſenſo, queſto fu nullo per difetto di giuridizione:

IL capitale di ducati mille ceduto da Iſabella di Simone al Principe di Santobuono era, ſecondochè nel ſommario diceſi, *eſtradotale*, e, perchè ceder ſi poteſſe, fu chieſto l'aſſenſo. Ma qual uopo ve n'era? Ben può la donna cedere, ed in qualunque altro modo alienare i beni *eſtradotali*, comecchè non poſsa obbligargli. 2
Così ad una donna, che avea venduti i ſuoi fondi per ſoddisfare a' creditori di ſuo marito, e chiedeva poi l'ajuto del Vellejano, riſpoſe l'Imp. Aleſsandro (*a*): *Si praedia tua annis major* XXV. *vendidiſti*, *& pro marito pecuniam ſolviſti*, *deficit auxilium Senatuſconſulti*. Nè punto importa, che numeri ella il danaro, o dia *in ſolutum* altra ſua roba: *Nec intereſt*, ſon parole di Cajo (*b*), *pecuniam ſolvendi cauſſa numeret*, *an quamlibet ſuam rem in ſolutum det*. Non è poi da maravigliare, che le ſi 3
conceda il più, e le s' interdica il meno, *quia facilius ſe mulier obligat*, *quam alicui donat*, come ſcrive Ulpiano (*c*).

Fu ancora chieſto l'aſſenſo, perchè poteſſe Iſabella rinunziare all'ipoteca, che le competea per le doti ſo-

(a) *L. 4. C. ad S. C. Vellejan.*
(b) *L. nec intereſt 5. ff. ad Vellejan.*
(c) *L. ſed ſi ego 4. §. 1. ff. eod.*

pra una casa di suo marito. Ma nemmen per cotesta
4 cessione facea mestieri d'assenso, essendo lecito alla donna . . . . *juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare* (*a*): perchè, *redditio pignoris non est intercessio* (*b*).

Che dunque sospinse l'Avvocato D. Stefano di Stefano, col cui consiglio si fece l'istrumento dell'anno 1703. a desiderar l'assenso per la doppia cessione, che far doveva Isabella? Il credere, che Isabella, cedendo, si obbligasse contra 'l divieto del Senatusconsulto Vellejano. Ciò si manifesta per quelle parole del memoriale, che porse Isabella al Vicerè: *E perchè detto Illustre Principe non intende venire alla suddetta convenzione senza l'espresso assenso e consenso di V. E. rispetto dell'OBBLIGO, seu cessione, che deve fare la supplicante &c.* Dunque si chiese la dispensa del Vellejano. Ma è verisimile, che l'Avvocato D. Stefano di Stefano, uom dotto, quanto ciascun sa, delle Leggi, ignorasse la differenza, ch'è posta tra l'obbligo, e la cessione? E' non la ignorava di certo: anzi, perchè peritissimo era della Giurisprudenza, fece
5 buon senno a chieder l'assenso. Quel, che rispose l'Imp. Alessandro (*c*), poter la donna vender sua roba per pagare un debito del marito, è vero, quando non si faccia frode al Senatusconsulto Vellejano. Or le Leggi non sospettan di frode, se la donna venda a Cajo, e paghi il prezzo a Mevio creditore di suo marito: ma se
6 venda la donna a Mevio, a quel Mevio, ch'è 'l creditor del marito, credon le Leggi, che si faccia la vendita in frode del Vellejano. Così Pomponio giurisconsulto in-

se-

(a) *L. jubemus* 21. *C. eod.*
(b) *L. quamvis* 8. *ff. eod. Cujac. in Nov.* 61. *in fin.*
(c) *d. L.* 4. *C. ad Vellejan.*

ſegnò (*a*), e così deciſe il Senato di Savoja appreſſo il Fabro (*b*): *Nec donanti, nec alienanti, nec ſolventi mulieri S. C. Vellejanum ſuccurrit, ſed tantum obligatae & intercedenti; praeterquam ſi quid in fraudem Legis a marito factum probetur.... Plane ſi creditor ipſe mariti emtor proponatur, non obſcura fraudis ſuſpicio eſt, contra quam vim eſt ut probatio in contrarium admitti debeat.*

Ecco la cagion vera, che moſſe l'Avvocato D. Stefano di Stefano a voler l'aſſenſo. La ceſſion ſi facea da Iſabella al Principe di Santobuono, a quel Principe, ch'era il creditore di ſuo marito: oſtava dunque il Vellejano, ed era neceſſario l'aſſenſo. Ma non badò quel dotto Avvocato a conſigliare il modo, onde validamente s'interponeſſe: quindi fu interpoſto in guiſa, che aſſi oggi a reputar nullo per difetto di giuridizione.

Le noſtre Leggi, molto meglio, che le Romane, han provveduto alle donne. La Pram. *un. de S. C. Vellejano*, 7 dichiara generalmente nulle le obbligazioni delle donne, com'eſtorte per timore, che dia cauſa al contratto: nulle le rinunzie, che del Vellejano ſi facciano, e nulli i giuramenti, onde coteſte obbligazioni, e rinunzie ſi vogliano confermare contr'a ciò, che avean le Romane Leggi preſcritto (*c*). Ma nella Prammatica ci è pur 8 queſt'altro: *Mandamus Regentibus R. Cancellariam, ut praeſentem R. Pragmaticam inviolabiliter obſervare debeant, abdicantes ab omnibus ſupradictis jurisdictionem in contrarium judicandi, & declarandi.* Or ſi dia un guardo all'aſſenſo, che s'impetrò ſull'obbligo d'Iſabella di Simone. Fu quello dato da due ſoli Reggenti: e due Reggenti ſoli, anzi tutti i Reggenti ſenza il Vicerè, dar nol

(a) *In L. ſi mulier* 32. §. *item ſi mulier* 2. *ff. eod.*
(b) *In Cod. tit.* 21. *def.* 3.
(c) *L. ſi mulier* 32. §. 4. *ad Vellejan.*

poteano, perchè ne vien tolta loro la poteſtà per le ſopraſcritte parole, poteſtà, che in altri caſi lor non ſi toglie: e ſeguentemente l'aſſenſo, per difetto di giuridizione, fu nullo. Così ſcrive il de Ponte (*a*): *Si diceretur, Collaterale declarare, & limitare Pragmaticam, dicimus, unum Regentem, imo totum Collaterale, hoc facere minime poſſe inconſulto Principe.... Si Pragmatica expreſſe mandat Regentibus, quod ſecundum eam judicare debeant, & expreſſe tollit illis poteſtatem faciendi quamcumque declarationem, ergo decretatio eſt penitus erronea.* Così ancora lo Staibano (*b*): *Diſpenſatio, in caſu noſtro, non ſufficiet, ut firmetur per unum ex Regentibus, quum nec totum Collaterale hoc poſſit facere inconſulto Prorege, ut in d. Pr. de S. C. Vellej. ſtatuitur.* Che ſe mi ſi dica, eſſere il contrario da non pochi altri inſegnato, riſpondo, che ſiccome non ho io l'ardimento di dire, che coteſti altri s'ingannino, così non dee l'ingenuo Contraddittore negarmi, che l'autorità del de Ponte, e dello Staibano
9 induca un dubbio: e nel dubbio preſcrive la Prammatica iſteſſa la regola da giudicare: *Exceptio praeſentis Pragmaticae.... in dubiis caſibus occurrentibus, debeat interpetrari in favorem praefatarum* (cioè, delle donne) *quibus ſubvenire intendimus.*

CA-

(a) *De poteſt. Proreg. tit.* 10. *n.* 11. *&* 12.
(b) *Reſol.* 42. *num.* 30.

CAPO II.

Quando si voglia por mente ad altre forti ragioni, per cui chieder si doveva l' assenso, fu questo parimenti nullo per quel, che nel memoriale d' Isabella, e nel sommario si tacque, e per quel, che falsamente si espresse.

AVanti che ciò si dimostri, son da premettere tre massime indubitate o per Legge, o per comun sentimento di Dottori. La prima è. I rescritti, che si 10
dan fuori a petizion di parte (*a*), massimamente quelli, che si chiaman *di grazia*, son nulli, quandochè nel memoriale, che porgesi al Principe, o cosa vera si taccia, o cosa falsa si esponga. Son pressochè infiniti i luoghi del jus Civile, e Canonico, ove ciò costantemente s'insegna (*b*). La ragion della massima, è questa. Comecchè 11
sovente l'uom onesto il ver non offenda, se'l taccia (*c*); nondimeno nelle preghiere, che al Principe si porgono, è, secondo le Leggi, non men contrario al vero, tacere una verità, che asserire una menzogna: onde l'asserir questa, e'l tacer quella, egualmente si dicono *mendacia* dall'Imp. Gostanzo (*d*). Or i rescritti contengono 12
la

(a) *Cap.* si motu 23. *de praebend. in VI.*

(b) *Apud Gonzalez in cap.* super literis 20. *de rescript. num.* 2.

(c) *Grot. de jur. bell. lib.* 3. *c.* 1. *n.* 7.

(d) *L. praescriptione* 2. *C. si contra jus.*

la condizione, *ſi preces veritate nitantur:* condizione, che, per jus Civile, deve apporſi eſpreſſamente (*a*); ma per jus Canonico (*b*), ricevuto in tutti i Tribunali d'Europa, anche non appoſta, ſi ſottintende: e ſi sa, che ove manchi la condizione, gli atti non vagliono.

13 La ſeconda maſſima è. Delle qualità, che impediſcon l'atto ſenza l'aſſenſo del Principe, alcune naſcono da chiara ed eſpreſſa Legge, o da certo ed indubitato ſtile, che ha forza di Legge: altre non naſcono da certa Legge, o da certo ſtile, ma dipendono da opinion di Dottori. Nel primo caſo, l'impedimento non eſpreſſo, fa, che 'l reſcritto ſempre ſia nullo: nel ſecondo, non eſprimendoſi, ſi fa luogo all'arbitrio del Giudice: *Aliquae ſunt qualitates*, ſcrive il dottiſſimo Menochio, (*c*) *jam clare, & expreſſe in jure determinatae, & iſtae dubio procul exprimendae atque narrandae ſunt in precibus, alioqui vitiatur reſcriptum . . . . Aliquae vero ſunt qualitates, quae jure expreſſae non ſunt, ſed ex ſtylo Curiae, vel Cancellariae, vel ex conſuetudine Principis, & iſtae pariter narrandae ſunt, alioquin reſcriptum vitiatur . . . . . Aliquae vero, atque ita tertio ſunt qualitates, quae nullo jure diffinitae atque determinatae ſunt. In his, qui impetrando aliquam ſubticuit, quam ſi noviſſet Princeps, non conceſſiſſet reſcriptum, ſurreptor dici vere non poteſt, quoniam ex ſe nullum vitium excogitari poteſt, & per conſequens, ſua inſpecta perſona, reſcriptum vim ſuam obtinet: inſpecta vero perſona concedentis, ſurreptio dici poteſt, quia ſi forte omnia illa, quae nunc cognoſcit, tempore dati reſcripti cognoviſſet, illud non conceſſiſſet: & in hoc verſabitur judicis arbitrium; is enim judicabit, an*

talis

(a) *L. univerſa 7. C. eod.*
(b) *Cap.* ex parte 2. *de reſcript.*
(c) *De arbitrar. judic. caſ.* 201. *n.* 27. 28. 29. & 30.

talis sit qualitas, quae potuisset movere Principem ad non concedendum, si illa cognovisset.

La terza massima dipende, come una conseguenza, 14
dalla prima, e dalla seconda, ed è questa. Concorrendo più impedimenti, se di quelli, che nascono da certa Legge, o da certo stile, alcuni si espongono, alcuni nò, anche nullo è 'l rescritto, conciossiechè basti, che un solo non se n'esponga, perchè sia nullo: nè possa trarsi l' assenso dall'impedimento espresso al taciuto: e cotesto volle dire il nostro Afflitto (*a*) per quelle parole: *Dispensatio super uno defectu, non est dispensatio super alio defectu:* se poi di quelli, che dipendono da opinion di Dottori, si tacciono alcuni, alcuni si espongono, lo stesso è l'arbitrio del Giudice: se non che dee badare, che *ubi plura obstant impedimenta, difficilius concedi solent dispensationes & rescripta*, come il citato Menochio avvisa (*b*).

Poste coteste tre massime, si ponga mente a quel, che tacque, ed a quel, che falsamente espresse Isabella. Si è detto nel Capo antecedente, poter la donna libe 15
ramente rinunziare all' ipoteca su i beni del marito per la *L. jubemus* 21. *C. ad S. C. Vellejan.* Ma ciò è vero nel caso, che ce ne restino tanti, che bastino alla restituzion delle doti: altrimenti la rinunzia è nulla, perchè 16
nullo è qualunque patto, onde fassi deteriore la condizion delle doti per la *L. de die* 14. *ff. de pact. dotal.* Così Pier Barbosa (*c*): *Decisionem d. L.* jubemus, *ita ampliatam limitabis, non procedere, si tempore, quo fit haec renunciatio hypotecae, non supersunt marito bona sufficientia ad dotis solutionem; nam cum tunc per eam renunciationem videatur facta deterior conditio dotis, succedit regula* 17

L. de

(a) *Decis.* 320. *num.* 12.
(b) *De arbitrar. cas.* 207. *num.* 12. & 13.
(c) *In L.* 2. *ff. solut. matr. part.* 5. *num.* 67. *pag.* 233.

L. de die supr. de pact. dotalibus. E fu coteſta opinione così avuta per vera nel S. Conſiglio, che deciſe (*a*), poter la donna iſtituire l' azione ipotecaria contr' a' terzi poſſeſſori, ſe nel tempo della reſtituzione delle doti manchino altri beni, non oſtante che nel tempo, in cui ſi rinunziò all' ipoteca, ve n' erano a ſufficienza, dovendoſi aver la rinunzia come non fatta. Or mi riſponda l'Avverſario. Quando Iſabella rinunziò all' ipoteca ſu i beni di ſuo marito, ve ne reſtaron tanti, che baſtavano per la cautela delle doti? Nò di certo. Baſta, che uom legga l'iſtrumento dell'anno 1703., perchè avviſi, che 'l Falanga diè tutta ſua roba al Principe di Santobuono, e non gli ſoddisfece interamente. Un Notajo, che dà *in ſolutum* al ſuo creditore i protocolli, fa chiaramente conoſcere, che altro non ha che dargli. Non mai, od a gran pena, ſi disfanno gli uomini degl' iſtrumenti della propria lor arte, e ſpezialmente di quelli, onde procacciansi il vitto cotidiano. L' aver poi ceduto il Falanga, in iſconto del ſuo debito, il capitale di ducati mille, che apparteneva a ſua moglie, moſtra aſſai chiaro, che nulla più reſtava di ſuo. Dunque rinunziò Iſabella al jus dell' ipoteca, quando altri beni non v' erano di ſuo marito. Dunque la rinunzia fu nulla. Ed ora s'intende, perchè l'Avvocato D. Stefano di Stefano richieſe anche per coteſta rinunzia l' aſſenſo. Ma queſto fu nullo, perchè ſi tacque coſa, che non era da tacere: nè può ſoſtenerſi in alcun modo. La mancanza d' altri beni del Falanga, era impedimento naſcente da chiara, ed eſpreſſa Legge; cioè, dalla cit. *L. de die*. Dunque per la ſeconda maſſima, non eſſendoſi eſpoſto al Principe, deve il Giudice dichiarar nullo l' aſſenſo, ſenza che ci ſia luogo ad arbitrio.

Ma

(a) *Afflict. deciſ.* 313.

Ma tacque ancora Isabella un più forte impedimento: e non solo il tacque, ma con falsa asserzione espose il contrario. Nel di lei memoriale si disse, essere i ducati mille, che ceder voleva al Principe di Santobuono, *dipendenti dalla eredità del fu Dottor D. Gio: Tommaso di Simone zio della supplicante: e spettanti alla supplicante come sua erede testamentaria*. E' questo un modo di dire significante, esser que' mille ducati estradotali. Nel sommario poi espressamente si disse, che que' 1000. ducati erano *estradotali*. Or che dirà l' Avversario, se io gli mostro, che quel danaro era dotale? A mostrar ciò, basterà dare un guardo al testamento di Giantommaso, della cui eredità si dicon parte que' 1000. ducati. In esso si scrive erede Isabella, indi espressamente si vuole, che *tutta l' eredità si debba assegnar per dote al di lei futuro marito con tutte quelle condizioni e patti, che a lei piacessero ad consilium sapientis*. Si sa, che 'l verbo *dovere*, è verbo dinotante necessità. Dunque come tutta l' eredità, così que' mille ducati, ch' erano una parte di essa, fu mestier, che prendessero la qualità dotale: qualità, che non si poteva lor torre per alcun fatto d' uomo privato, come quella, che dipendeva dal precetto del testatore, cui uom privato non può contravvenire, e molto meno l' erede. E' vero, che 'l testatore permette ad Isabella di apporre alle sue doti que' patti, e quelle condizioni, che più le fossero a grado; ma è vero altresì, che gliel permette quel medesimo periodo, in cui vuole, che tutta la sua roba prenda la qualità di dote: or non è da presumere, che avesse voluto contraddire 18
incontanente a se stesso: *Testator*, dice il Galeota (*a*), *non censetur se incontinenti revocare*: onde si dee necessariamente credere, che non avesse il testatore lasciato

(a) *Controv. lib. 1. cap. 59. num. 31.*

ad Iſabella l'arbitrio di dar la roba in dote, o nò; ma le aveſſe ſolamente permeſſo di dar la dote eſtimata, od ineſtimata, e di pattuirne le cautele, e la reſtituzione a ſuo modo; anzi non a ſuo modo, ma *ad conſilium ſapientis*, formola riguardante le cautele delle doti. Dunque il capitale da Iſabella ceduto al Principe di Santobuono era dotale: e coteſta circoſtanza ſi tacque, an-
19 zi'l contrario ſi eſpreſſe: e poichè per chiara ed eſpreſſa Legge (*a*) non potea la donna alienare il fondo dotale, nemmen col conſentimento di ſuo marito, era neceſſario l'aſſenſo: e perchè queſto non opera oltre l'eſpreſſo, giuſta la volgar fraſe de' noſtri Dottori, di che ſcriveremo ſteſamente più giù; non eſſendoſi eſpreſſa la qualità dotale, anzi, eſſendoſi eſpreſſa la contraria qualità, ne conſegue, che l'alienazion della dote fu fatta ſenza l'aſſenſo del Principe; e come tale fu nulla. Anche coteſto impedimento naſceva da Legge certa, non da opinion di Dottori: onde per la ſopraccitata maſſima, non eſſendoſi eſpreſſo, anzi eſſendoſi eſpreſſa la contraria qualità, è tenuto il Giudice, non uſando in alcun modo del ſuo arbitrio, di dichiarar nullo l'aſſenſo.

Oltre le due ſoprammentovate Leggi, che oſtavano alla ceſſion fatta da Iſabella, le oſtava anche una
20 terza Legge, cioè quella, che proibiſce le donazioni tra marito, e moglie (*b*). Iſabella, cedendo al creditor di ſuo marito il capitale di ducati mille, non ſi riſerbò azione alcuna. Dunque donò, e ciò far non poteva.
21 Credo, che acconciſſimo ſia il ſeguente luogo di Ulpiano (*c*): *Si uxor viri creditori donationis cauſſa promiſerit* (non ſolo promiſe Iſabella, ma diè anche del ſuo, ch'

è mol-

(a) *In L. un. §. & quum lex* 15. *C. de rei ux. act.*
(b) *L. 1. & tot. tit. ff. de donat. int. vir.*
(c) *In L. ſi ſponſus* 5. §. 4. *eod.*

è molto più) *neque virum liberari, neque mulierem obligari, Julianus ait: perindeque haberi, ac si nihil promisisset*. Quest' altro impedimento, nascente anch' esso da non dubbia Legge, doveva esporsi al Principe, e non si espose: il perchè fu per la seconda massima del tutto nullo l'assenso. E poichè Ulpiano dice, *virum non liberari*, deve il Principe di Santobuono restituire all' erede d' Isabella quel, che costei diè *donationis caussa*, ed istituire l'azione contra l'erede del Falanga.

Che se ciascuno di cotesti tre impedimenti nascenti da Leggi chiare ed espresse, non esponendosi, fa, che l' assenso debba aversi per nullo, essendosi tutti e tre taciuti, molto più esser dee nullo per la terza massima: e quando anche si dia, che abbia l' assenso tolto l'impedimento del Vellejano, non tolse certamente, per la medesima massima, gli altri, che nascono altronde.

CAPO III.

Non vaglion per nulla le ragioni, onde si studia l' Avversario di difendere o l' assenso, o l' istrumento.

TEmpo è ora di sciorre le objezioni, che mi si fanno dal dottissimo Contraddittore. E perchè queste son tre, in altrettanti §§. dividerò questo Capo.

§. I.

Si ſcioglie la I. obiezione preſa da quel, che ſcrivon taluni, valer l'aſſenſo, quando il Principe avrebbe aſſentito, anche ſe ſi foſſe eſpreſſa la qualità, che ſi è taciuta.

22 DIce l' Avverſario. Chieſe Iſabella l' aſſenſo, perchè ſi ſcarceraſſe il marito: eſpoſe, che intendea di cedere al di lui creditore un ſuo capitale eſtradotale, e di rinunziare all' ipoteca dotale ſopra una porzione di caſa di ſuo marito; ed ottenne l' aſſenſo. Or queſto ſi farebbe ottenuto anche nel caſo, che aveſſe colei eſpoſta la qualità dotale del capitale, la mancanza d'altri beni del marito nel tempo della rinunzia dell' ipoteca, e la donazione, che intendeva di fare a ſuo marito, cedendo quel capitale: e tanto baſta, perchè ſi eſtenda l' aſſenſo anche alle coſe taciute.

23 Non nego, che ſcrivan così l' Abate, il Decio, ed alcuni altri Dottori; ma nego, che quel, che ſcrivon coſtoro, ſia vero: dico di più, che vero ſia in quel ſolo caſo, ch' e' trattano, e che quel caſo non ſia ſimile al
24 noſtro. Gli aſſenſi, onde ſi deroga alle Leggi, ſono di così ſtretta interpetrazione, che ſi attende ſcrupoloſamente la proprietà delle parole, nè ſi può per argomenti trapaſſar nel ſegreto della mente del Principe. La ragion di ciò non ſi dee prendere altronde, che dal gran favore della pubblica utilità, cui riguardan le Leggi, ed al poco favor della privata, per cui ſi preſtan gli aſſenſi. Marino Freccia, degli aſſenſi parlando, ſcrive (*a*): *Hoc non eſt ex proprietate ſermonis, ſed per interpretationem,*

(a) *De ſubfeud. lib.* 2. §. ſexto quaero, *num.* 16.

nem, quae non habet locum in diſpoſitione ſtricta. Di quì è, che non ſi eſtendan gli aſſenſi da coſa a coſa nè per uguaglianza, nè per maggioranza di ragione: *Gratia in una re conceſſa*, dice Andrea d' Iſernia (*a*), *non conceditur in alia, niſi expreſſe dicatur:* ſul qual luogo ſcrive il Liparulo (*b*): *In diſpenſationibus nulla ſit extenſio etiam ex majoritate rationis.* Lo ſteſſo inſegna il lodato Freccia (*c*): e chi è, che inſegni il contrario? Per coteſti principj, più volte è ſtato ne' Tribunali deciſo, che *quaelibet expreſſio falſa vitiat gratiam, etiamſi Princeps alias eſſet conceſſurus*, come teſtimonia il Riccio (*d*). I contrarj principj ſe foſſer veri, o quanti graviſſimi aſſurdi ne ſeguirebbero! Nelle materie feudali, ed in altre non feudali, molti caſi ci ſono, ne' quali è ſolito il Principe di concedere, a chi nel prega, l' aſſenſo. Dunque in tutti coteſti caſi ſarebbero validi gli atti, anche non chieſto l' aſſenſo, perchè otterrebbeſi, ſe ſi chiedeſſe: ed inutili rimarrebbero tutte quelle Leggi, che tutti coteſti atti annullano, ſenza che 'l Principe cos' alcuna ne ſappia.

Ma l'Abate, il Decio, ed altri non pochi, permettono al Giudice di eſaminare, ſe 'l Principe avrebbe aſſentito, o nò. Ecco il luogo dell' Abate (*e*): *Ego puto, quod de qualibet notabili clauſula ſit fienda mentio, quando talis eſt, quod, ea expreſſa, Papam reddidiſſet difficiliorem ad concedendum . . . . & hoc relinquitur arbitrio judicis, ſicut generaliter dicimus in qualibet ſubreptione, ut in c. ſuper literis, num. 5. de reſcriptis.* Tralaſcio il luogo del Decio, e di qualche altro, perchè non iſcrivono

(a) *De feud. tit.* qualiter olim pot. feud. alien. *num.* 4.
(b) *Lit. R.*
(c) *De ſubfeud. lib.* 2. §. nono quaero, *num.* 2.
(d) *Collect.* 1686.
(e) *In cap.* ex conqueſtione *de reſt. ſpol. num* 4.

vono altrimenti, che l'Abate.

26 Fassi a disaminare l'opinion dell'Abate il dotto Menochio, e pon differenza, secondochè nel Capo antecedente si è detto, tra impedimenti certi ed indubitati, perchè chiara ed espressa è la Legge, onde nascono, ed impedimenti dubbj ed incerti, procedenti non da Legge chiara ed espressa, ma da opinion di Dottori. Dove si tratti d'impedimenti dubbj ed incerti, che si sieno taciuti, ha luogo l'arbitrio del Giudice, che dichiarerà valido, o nullo l'assenso, come gli parrà doversi interpetrare la mente del Principe; ed a cotesto modo intender si dee quel, che scrissero l'Abate, il Decio, ed altri. Dove poi si tratti d'impedimenti certi ed indubitati, che si sieno taciuti, sempre è nulio l'assenso: nè può farsi il Giudice ad interpetrar la mente del Principe, perchè la costui volontà è chiaramente espressa in quelle Leggi, che annullano l'atto, ed a cui non ha'l Principe espressamente derogato. Le parole del Menochio sono (a): *Aliquae sunt qualitates, quae nullo jure diffinitae atque determinatae sunt .... & in hoc versabitur judicis arbitrium; is enim judicabit, an talis sit qualitas, quae potuisset movere Principem ad non concedendum, si illam cognovisset: atque ita procedit Abbatis, Decii, & aliorum sententia (b). Aliquae sunt qualitates jam clare & expresse in jure determinatae, & istae dubio procul exprimendae sunt in precibus, alioqui vitiatur rescriptum .... etiamsi fieri posset, quod qualitas exprimenda, & quae poterat alias impedire concessionem, non movisset Principem ad non concedendum. Illa hujus sententiae videtur ratio, quoniam expressionem harum qualitatum pro forma, quae ad unguem observanda est, Leges dedisse videntur.* Nè

(a) *d. cas.* 201. *num.* 28. & 30.
(b) *Num.* 27.

Nè queſta è opinione del ſolo Menochio, o di po- 27
chi: è opinione ricevutiſſima nel foro ſenza contraddetto d'alcuno. Ce ne rende teſtimonianza il de Ponte (*a*): *Si qualitas tacita eſt talis, quae de jure omnino exprimi debet* (ecco l'impedimento di Legge chiara ed eſpreſſa) *tunc etiam, quod concedens omnino conceſſiſſet, ejus taciturnitas vitiat reſcriptum. Haec eſt concluſio COMMUNIS ET INDUBITATA...* (*b*) *Et ratio eſt, quia hoc eſt de forma.* Anzi eſtende il de Ponte coteſta comune ed indubitata dottrina anche a quegli aſſenſi, cui è obbligato il Principe di preſtare (*c*): *Dato, quod Rex aſſenſiſſet, etiam quod non difficilius, & hoc ſive quia ſic Rex voluiſſet, ſive quia AD HOC FUISSET OBLIGATUS, taciturnitas clauſulae, quae de jure eſt exprimenda, induxit vitium ſubreptionis.... & haec DECISIO NON HABET CONTRADICTIONEM.* E come contraddire ad una maſſima, che diſcende da' più fermi principj della Giuriſprudenza? Si sa per ciaſcuno, che ceſſa l'arbitrio 28
del Giudice, dove chiara è la Legge: e che l'arbitrio comincia, dove la Legge od è dubbia, o manca del tutto (*d*). Poichè dunque gl'impedimenti da Iſabella taciuti ſono impedimenti di Leggi chiare ed eſpreſſe, deve il Giudice, ſenza cercar altro, aver l'aſſenſo per nullo.

Quando l'Avverſario ceder non voglia all'autorità 29
del Menochio reſtringente la dottrina dell'Abate al ſolo caſo, che ſi ſieno taciute le qualità rimeſſe all'arbitrio del Giudice, è forza, che ceda all'autorità dell'Abate medeſimo, che, citando il *Cap. ſuper literis*, moſtra di non volerne più di quel, che ne volle P. Innocenzo III.

in

(a) *Conſ.* 57. *num.* 33.
(b) *Num.* 61.
(c) *d. num.* 61.
(d) *Vinn. ſelect. quaeſt. c.* 1.

in quel Capo. Decide quivi il Pontefice una conteſa, che v'era di quel tempo tra' Dottori intorno a' reſcritti impetrati o per coſa falſa, che ſi foſſe eſpoſta, o per coſa vera, che ſi foſſe taciuta, e diſtingue così. Se per malizia, e per frode ſi è eſpoſto il falſo, o taciuto il vero, in niun modo dee valere il reſcritto: ſe per ignoranza, e ſemplicità, può valere, e non valere. Vale, ſe 'l Principe, anche non eſpoſto il falſo, e non taciuto il vero, l'avrebbe fatto, altrimenti non vale. Dunque al più potrebbe l'Avverſario pretendere, che gli giovaſſe l'autorità dell'Abate nel caſo, che 'l falſo ſi foſſe detto, o foſſeſi taciuto il vero per ſemplicità ed ignoranza. Ma nel caſo noſtro non gli gioverebbe di certo. Malizia, e frode, non ignoranza, e ſemplicità ſi dee ſupporre in Iſabella di Simone. Scrive Papa Gregorio IX. (a), che ciaſcuno *de facto ſuo certus eſſe debet:* ſul qual teſto nota l'Abate (b): *Nota, quod in facto proprio non praeſumitur ignorantia.* Il medeſimo Abate, ſul cit. *Cap. ſuper literis*, eſaminando la differenza poſta da P. Innocenzo tra l'ignoranza, e la frode, ſcrive così (c): *Tu conclude, quod ex variis circumſtantiis judex praeſumet dolum, vel ſimplicitatem: & informando animum ſuum conſiderabit, utrum dixerit falſum in facto ſuo, vel in facto alieno, & an factum ſit de propinquo, an de longinquo.* I fatti, che Iſabella non eſpoſe al Principe, eran fatti proprj, non d'altrui: fatti di tempi vicini, non di tempi antichi e lontani. Poteva ben ella, anzi dovea ſapere, che nel tempo della rinunzia dell'ipoteca non reſtava roba al marito: ſapeva poi di certo, che 'l capitale, cui ceder voleva, era dotale per lo teſtamento di ſuo zio, te-

(a) *In cap.* ab excommunicato 41. *de reſcript.*
(b) *Num.* 4.
(c) *Num.* 7.

teſtamento, che ſi era fatto pochi anni prima, e di cui faceva ella menzione nel memoriale, che porgeva al Vicerè per l' aſſenſo.

Ma io vo' farla finita. L' Abate, quando ſcriſſe, *Ego* 32
puto, quod de qualibet notabili clauſula ſit fienda mentio, quando talis eſt, quod ea expreſſa Papam reddidiſſet difficiliorem.... & hoc relinquitur arbitrio judicis, inteſe di
parlare de' reſcritti *di giuſtizia*, che ſon detti comune- 33
mente *ad lites*, i quali più facilmente ſi ottengono, che i reſcritti *di grazia*, e ne' quali molto men di rigore ſi oſſerva. E di fatto prima, ch' egli parlaſſe *de qualibet notabili clauſula*, avea parlato della clauſola *omni appellatione remota*, clauſola propria de' reſcritti *di giuſtizia*. Parimenti de' reſcritti *di giuſtizia* parlò P. Innocenzo III. nel *Cap. ſuper literis*, al quale l' Abate ſi rapportò. Or la differenza tra la malizia, e la ſemplicità ne' ſoli re- 34
ſcritti *di giuſtizia* ha luogo. I reſcritti *di grazia*, qual 35
è quello, che Iſabella di Simone impetrò, ſi viziano così, quando il falſo ſi eſpone, o ſi tace il vero per ſemplicità, come quando queſto ſi tace, o quello ſi eſpone per frode. Se un Cherico, che abbia già un beneſizio ſemplice, nulla dicendone, ne ottenga un altro, la grazia è nulla, *quantumcumque modicum beneficium taceatur*, come dice P. Bonifazio VIII. (*a*). Non diſtingue il Papa, ſe per ſemplicità, o per frode ſi ſia taciuto il beneſizio, che 'l Cherico avea: e le parole *quantumcumque modicum*, moſtrano chiaramente, eſſer nulla la grazia, che nel caſo, che, non taciutoſi quel, che ſi è taciuto, l'avrebbe il Papa accordata, poichè, quando il beneſizio è aſſai tenue, facilmente il Papa concede il ſecondo. E perchè non diſtingue Bonifazio, come Innocenzo III. diſtinſe? Perchè altra è la ragion de' reſcritti *di grazia*,

(a) *In d. cap. ſi motu.*

altra la ragion de' reſcritti *di giuſtizia*. Così avverte la Gloſa Canonica ſulla Decretale di Bonifazio: *Indiſtincte intelligo: quum enim jus non diſtinguat, nec ego diſtinguam: unde ſive per malitiam, ſive per ſimplicitatem taceat, locum habet haec Decret. Illam tamen diſtinctionem approbant Inno., & Compoſt. per Decretal. eod. tit. ſuper literis, quae in literis AD LITES loquitur, non IN GRATIOSIS.*

Se l'Avverſario ancor non riſina, dee ſapere, che
36 io non ho ancor detto tutto. Vuol egli, che nel noſtro caſo abbia luogo l'arbitrio del Giudice? L'abbia. Ma coteſto arbitrio eſſer dee regolato da due maſſime di Legge. La prima è (*a*): *Illa, quibus in porrectis Principi precibus ſuppreſſis reſcriptum vitiatur, ſunt, quae ſi expreſſa fuiſſent, Princeps vel non conceſſiſſet, vel DIFFICILIUS ſaltem conceſſiſſet.* La ſeconda, dipendente come una conſeguenza dalla prima, è quella, che ſi è propoſta di ſopra: ed è (*b*): *Omnia impedimenta narranda ſunt, quia ubi plura obſtant impedimenta, difficilius concedi ſolent diſpenſationes & reſcripta.* Or ſi fingan due caſi: e 'l primo ſia queſto. Chiede una donna l'aſſenſo per cedere al creditor di ſuo marito un fondo eſtradotale. Sia queſto il ſecondo caſo. Chiede una donna l'aſſenſo per cedere al creditor di ſuo marito il fondo dotale: per cederlo ſenza riſerbarſi ragioni, e con animo di donare; e per rinunziare alla ipoteca dotale ſopra certi beni del marito in tempo, che non vi erano altri beni per le cautele delle doti. Mi dica ora l'Avverſario, in qual de' due propoſti caſi ſi otterrebbe più facilmente l'aſſenſo. Di certo ſi otterrebbe più facilmente nel primo, poichè, dicendo la donna al Principe, che vuol cedere

al

(a) *Menoch. caſ.* 201. *num.* 23. & 24.
(b) *Menoch. caſ.* 203. *num.* 12. & 13.

al creditor del marito un fondo eſtradotale, gli fa comprendere, che vuol ella la ſola diſpenſa del Vellejano, giuſta le coſe dette nel I. Capo, reſtando ſalve le intere doti. Or quel, che importa alla Repubblica, e ſeguentemente al Principe, è, che la donna non rimanga indotata: il che non accade nel primo caſo. Ma, per contrario, nel ſecondo caſo il Principe avviſa, che 'l fondo dotale ſi perde del tutto, ſenzachè reſti alla donna ſperanza di rifarſi del danno: onde non preſta l'aſſenſo, ſe non gli ſi moſtri la ſomma neceſſità di alienare il fondo, e l' utilità, che altronde può tornare alla donna, la quantità delle doti, il numero de' figli, e la piena libertà, con cui la donna intende di alienare: il perchè, per regola di Cancelleria, tutte coteſte coſe ſi debbono eſporre. Così teſtimonia Orazio Montano (*a*): *Mulier petens diſpenſationem, praeter cauſam, debet exprimere quantitatem dotis... ad hoc ut Collaterale Conſilium cognoſcere poſſit, mulieri petenti remanere ad minus medietatem dotium, ut vivere poſſit: caeterum RESCINDERENTUR DISPENSATIONES ETIAM IN TOTUM...* (queſte ſon parole da eſſer notate) *quum interſit Reip., mulieres eſſe dotatas.* Dice di più lo ſteſſo Montano (*b*): *Proviſum eſt ex regula Cancellariae Regiae, quod in ſupplicatione exprimatur quantitas dotis... ut edocti Regentes de quantitate dotis, quae remanet libera, deliberare poſſint, num ſufficiat ad alendos filios, & ſemetipſam, alias denegatur diſpenſatio... Ex eadem regula Cancellariae, ſupplicatio mulieris comprobanda eſt fide publici Notarii, quod de ejus voluntate libera porrigitur, & ſupplicatur.* Dice ancora (*c*), che, non perchè ſtia incarcerato il marito, è da creder, che ceſſi nella don- 37

(a) *Controv. 4. num. 19.*
(b) *Controv. 76. num. 7.*
(c) *d. controv. 76. num. 5. in fin.*

na maritata il timore, poichè, *multoties mariti e carceribus deterrent uxores cum minis de occidendo, & verberando, quum liberati fuerint*. Or noi siamo nel primo caso per rispetto di ciò, che da Isabella si espose: siam nel secondo per rispetto di ciò, ch' espor si doveva: e seguentemente, quando gl' impedimenti da Isabella taciuti non fossero, come sono, impedimenti di chiare ed espresse Leggi: quando anche potesse l' arbitrio del Giudice aver luogo, dovrebbe il Giudice dichiarar nullo l' assenso, perchè 'l Principe più difficilmente l' avrebbe accordato, se le cose taciute gli si fossero esposte.

§. II.

Si scioglie la II. objezione presa dalla Consuet. bona stabilia, *permettente alla donna di alienare il fondo dotale col consenso del marito.*

NOn potendo l' accorto Contraddittore difender l' assenso da Isabella impetrato sulla cessione, che fece, si studia di dimostrare, che le circostanze del nostro caso son tali, che quella ben si può sostenere, an-
38 che senza l' assenso. Or egli dice, che ben poteva Isabella, come donna Napoletana, alienare il fondo dotale, consentendovi suo marito, per la Consuet. *bona stabilia*, che leggesi sotto il *Tit.* XI. del Libro delle Consuetudini Napoletane. Le parole son queste: *Bona stabilia in dotem data, potest mulier cum consensu viri sui alienare, & in alium transferre, nisi filii, vel filiae prioris matrimonii contradicant ante venditionem perfectam per traditionem rei, solutionem pretii, & instrumenti continentis venditionem celebratam, assignationem factam emptori.*

39 Ma pronta, ed acconciissima è la risposta. Comechè la Consuetudine dica sul principio, *alienare, & in alium*

alium transferre, nondimeno parla in appresso due volte di *vendita*, ed un'altra di *compratore*: il perchè si deve intendere della vendita sola. Non è cosa nuova 40
ne' Libri della Legge, che le precedenti parole generali siano ristrette per le seguenti, che generali non sono (*a*). A cotesto modo fu intesa la Consuetudine dal Napodano: e così è stata dappoi spiegata da Carlo de Rosa, dal Montano (*b*), e da tutti gli altri, che si fecero ad interpetrarla. Si è creduto al più, che com- 41
prendesse anche la permutazione; poichè come nella vendita, così nella permutazione, la donna, che trasferisce in altrui il fondo dotale, non diventa più povera, succedendo nella vendita, in luogo del fondo dotale, il prezzo: e nella permutazione una cosa in luogo di un'altra. Ciò tanto è vero, che dove la vendita, o 42
la permutazione non torni in utilità della donna, non può costei nè permutare, nè vendere, tuttochè vi consenta il marito, siccome, dopo il Napodano, insegna il lodato Montano: e cotesta utilità esser dee così propria della donna, che a sostener la permutazione, o la vendita non può bastare, che l'una, o l'altra si faccia per la utilità del padre, del figlio, o del marito: *Conclusio haec procedit* (chiuderò questo §. colle parole del Montano (*c*)) *quando venduntur bona dotalia in causas earum, seu pro seipsis, & in earum beneficium: secus si in beneficium, & utilitatem alterius, sive mariti, sive patris, sive filii, sive cujuscumque personae.*

§. III.

(a) *L. Lucius* 78. §. *quae habebat* 10. *ad Trebell.*
(b) *Controv.* 4. *num.* 10.
(c) *Dict. controv.* 4. *num.* 14.

Digitized by Google

§. III.

Si ſcioglie la III. objezione preſa da quel, che parecchi Dottori ſcrivono, poter la donna, anche ſenza l' aſſenſo, obbligarſi, ed alienar le doti, per liberar dalle carceri il marito.

PAr queſta, a prima giunta, l' objezion più difficile a ſciorſi: e pure delle tre objezioni la più debole
43 è queſta. Le Leggi vietanti o le obbligazioni delle donne, o le alienazioni delle doti, ſon chiare ed eſpreſſe. Poſto un tal divieto, perchè poſſa la donna in alcun caſo validamente obbligarſi, od alienare le doti, le ſi dee permettere o dalla Legge medeſima, ch' eccettui quel caſo, o dal Principe: nè ci ha mezzo. Ma l' Avverſario crede, che neceſſario non ſia l' aſſenſo del Principe, perchè la donna a liberare il marito dalle carceri ſi obbligbi, od alieni le doti: dunque ſuppone, che ci ſia Legge, che gliel permetta in tal caſo. S' e' me l' addita, io ſon vinto. Qual è mai coteſta Legge?

Cita l' Avverſario molti, e molti Dottori. Ma ſe 'l divieto naſce, ſecondochè ho detto, da Legge certa, e queſta non s' iſcioglie altrimenti, che per altra Legge, dev' egli citar Leggi, non Dottori: che quanti ci ſon Dottori al mondo contr' una Legge chiara ed eſpreſſa, non vaglion per nulla. Ma que' Dottori citano alcune Leggi. Nol nego. Fatto ſta, che tornino bene. Non tornano, per mio giudicio, nè bene, nè preſſo.

A provare, che ceſſi il Vellejano, quando la donna ſi obbliga per liberare il marito dalle carceri, cita-
44 no la ſeguente Coſtituzione dell' Imp. Giuſtiniano (a): *San-*

(a) *In L. veterum 24. C. ad S. C. Vellejan.*

Sancimus, ſi quis ut ſervo ſuo manumiſſionem imponat, mulierem acceperit obnoxiam ſeſe pro certa quantitate facientem, ſi in libertatem ſervum perduxerit, ſive principaliter mulier ſeſe obligavit, ſive pro ſervo hoc fecit, teneri eam recte omnimodo, Senatuſconſultum Vellejanum in hoc caſu tacere imperantes. Se ceſſa il S. C. Vellejano, quando la donna ſi obbliga per la libertà d' un ſervo, che non le ſi attiene, dee parimenti, anzi molto più ceſſare, quando ſi obbliga per la libertà del proprio marito, che ſta prigione.

E queſta è Legge, che torna bene? Dunque eſſer dee lo ſteſſo il favor della libertà d' un ſervo, che della libertà d' un carcerato? Queſte ſon baje. Quella li- 45
bertà, che non ha 'l ſervo, è la libertà vera, avuta in pregio da' Romani ſopra la ſteſſa vita: quella, che i carcerati non hanno, abuſivamente diceſi libertà; onde nè ſervi ſono, nè punto ſimiglianti a' ſervi. Han poſto le Romane Leggi ogni ſtudio per agevolare i mezzi, onde tornino i ſervi alla natia libertà: non così ſi brigano della liberazione de' carcerati: onde in grazia della libertà, che manca a' ſervi, molte coſe hanno ſtabilite contra le regole della Giuriſprudenza, delle quali coſe niuna è, che poſſa dirittamente eſtenderſi a quella libertà, che manca a' prigioni. Tralle coſe ſtabilite contra le regole in favor della vera libertà, ſi deve annoverare anche queſta. Così leggo nel comento, che fa 'l Wiſſenbachio ſulla citata Coſtituzione: *Si mulier apud dominum pro pretio libertatis, quod ſervus pactus erat, expromiſſor extiterit, mulier non juvatur hoc beneficio: quod inductum eſt favore libertatis, pro qua adverſus rigorem juris multa conſtituta eſſe conſtat.* Ma io non ho ancor detto quel, che più importa. Comecchè le Leggi ſieno favo- 46
revoli in qualche modo a coloro, che ſtanno in prigione per debiti, nondimeno per riſpetto di coloro, che vi

ſtan-

ſianno per gravi delitti (qual era la falſità commeſſa dal Falanga ne' pubblici Banchi di Napoli) tanto è lontano, che ſien le Leggi ſollecite della loro liberazione, che anzi vogliono, che ſi tengan ben chiuſi, che patiſcano diſagi, ed inopia, e preſtamente ſi caſtighino a pubblico bene della ſocietà. Ecco come ne parlano le Leggi. L' Imperador Pio reſcriſſe (*a*), dovere i rei di gravi delitti, *carceris poenam ante ſupplicium ſuſtinere*. Aggiunge Triſonio (*b*), dover eſſi *publice*, *ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia ſint*, *etiam egeſtate laborare*. Finalmente laſciò ſcritto Ulpiano (*c*), non doverſi diſferir la pena, tuttochè dica il reo, aver coſa da dire al Principe, che la coſtui ſalvezza riſguardi. Queſte ſon le premure, che han le Leggi per la libertà di coloro, i quali per gravi delitti ſi trovan prigioni. Che dice l' Avverſario? Gli pajon ſimiglianti a quelle, che han le Leggi per la libertà, che manca a' ſervi?

47 A provar poi, che ſi poſſa per la ſuddetta cagione alienar la dote, citano due luoghi di Paolo giuriſconſulto, ed un terzo di Ulpiano. Scrive in un de' primi due Paolo (*d*): *Manente matrimonio, non perditurae uxori ob has cauſſas dos reddi poteſt; ut ſeſe, ſuoſque alat: ut fundum idoneum emat; ut in exſilium, ut in inſulam relegato parenti praeſtet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem, ſororemve ſuſtineat.* Scrive nell' altro (*e*): *Quamvis mulier non in hoc accipiat, conſtante matrimonio, dotem, ut aes alienum ſolvat, aut praedia idonea emat, ſed ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus*

(a) *In L. Divus Pius 3. ff. de cuſt. reor.*
(b) *In L. bona fides 31. ff. depoſ.*
(c) *In L. ſi quis 6. de poen.*
(d) *In L. mutus 73. §. 1. de jur. dot.*
(e) *In L. quamvis 20. ſolut. matr.*

bus conſuleret, vel ut eos ex hoſtibus redimeret; quia juſta, & honeſta cauſſa eſt, non videtur male accipere: & ideo rectę ei ſolvitur. Soggiunge Ulpiano (*a*): *Sed & ſi ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret neceſſarias mulieri perſonas, vel ut mulier vinculis vindicet de neceſſariis ſuis aliquem: reputatur ei id, quod expenſum eſt: ſive pars dotis ſit, pro ea parte: ſive tota dos ſit, actio dotis evaneſcit.* Ecco, che ben può ſpenderſi la dote, perchè ſi alimentino i congiunti della donna, e perchè ſi liberi non ſolo dalla ſervitù (*ex hoſtibus*) ma eziandio dalle carceri (*ex vinculis*) alcun de' parenti della donna (*de neceſſariis*) non che 'l marito, che le ſi attien ſopra ogni altro.

All'argomento, che dalle ſopraſcritte Leggi ſi trae, riſpondeſi, che, perchè troppo prova, non prova nulla. Se l'argomento valeſſe, ne ſeguirebbe, poterſi le doti alienare ſenza l'aſſenſo del Principe, onde ſi ſcarceri un fratello, od una ſorella, od un affine; poichè Ulpiano dice, *de neceſſariis aliquem:* e ſi sa bene, che *neceſſarii ſunt aut cognati, aut adfines*, come ſcrive Gallo Elio appreſſo il Feſto. Or ſi può dire, od immaginare aſſurdo più grande? Niuno è, per quel che io ne ſappia, che permetta alla donna di alienare ſenza il Regio aſſenſo il fondo dotale per liberar dalle carceri il fratello di ſuo marito. E pure, ſe quell'argomento valeſſe, ben potrebbe farlo la donna. Ma ſi eſamini, per qual ragione Paolo, 48
ed Ulpiano ebbero per valida l'alienazion della dote. Ne' tempi di que' Giuriſconſulti non vi era Legge, che aſſolutamente vietaſſe l'alienazione del fondo dotale. La legge Giulia, che oſſervavaſi di que' tempi, permetteva al marito di alienarlo, ſe gliel conſentiva la moglie (*b*).

(a) *In L. 21. ff. eod.*
(b) *In d. L. un. §. 15. & pr. tit. Inſt. quib. al. lic.*

Ne' casi di Paolo, e di Ulpiano si alienan le doti col consentimento della donna. Di cotesto consenso non ci lascian dubitare quelle parole: *Uxori dos REDDI potest* = *Quamvis mulier non in hoc ACCIPIAT* = *Et ideo recte ei SOLVITUR* = *Ut mulier vinculis VINDICET de necessariis suis aliquem*. Quel *restituirsi*, e *pagarsi* alla donna: e quel *ricevere*, e *liberar*, che fa la donna, son chiari argomenti della di lei volontà: onde il Viviano sul secondo luogo di Paolo scrive: *Haec Lex ponit quosdam casus, in quibus maritus potest restituere mulieri dotem, si VULT IPSA MULIER, & maritus*. Nè mi dica l' Avversario, che approvò Paolo l' alienazion delle doti per la *giusta* ed *onesta causa*, che ve n' era, non per lo consenso della donna: poichè la *causa* era necessaria, perchè alla donna s' imputassero le spese fatte della roba dotale, e si scemasser le doti, non perchè valessero le alienazioni, a sostener le quali bastava per la Legge Giulia l' averle la donna approvate. Ciò tanto è vero, che se la donna dissentiva, le spese s' imputavano al marito, e salve restavano alla moglie le doti, sebben concorressero le stesse giuste ed oneste cause. Il Bartolo, comentando la cit. *L. quamvis*, scrive: *Aut maritus expendit contra voluntatem mulieris, & non habet locum haec Lex*. Non altrimenti scrive il Duareno, comentando il testo di Ulpiano: *Arbitror, invita & contradicente muliere, factum in eas res sumtum, ipsi imputari a marito non debere*. Forse ancora è da dire, che non si proposero Paolo, ed Ulpiano di esaminare in que' luoghi, quando alienar si potessero le doti. Cotesto non era argomento di disputa. Chiara ed espressa era la Legge, che 'l permetteva, quandochè vi consentisse la moglie. Se tal fosse stato il lor proponimento, non avrebbon parlato generalmente di *doti*, ma di *fondi dotali*: che di *fondi*, cioè di beni stabili dati in dote, la

Leg-

Legge Giulia parlava. Si propoſero dunque di eſamina-
re, in quali caſi, reſtituendoſi durante il matrimonio la
dote, s' imputaſſero le ſpeſe alla moglie, in quali s' im-
putaſſero al marito; e perciò diſtinſero le giuſte, ed
oneſte cauſe dalle non giuſte, e non oneſte: diſtinzione,
che, alienandoſi il fondo dotale, non avea luogo, dap-
poichè la Legge Giulia, che di coteſte alienazioni parlò,
non poſe mai differenza tra cauſa, e cauſa; ma ſolamen-
te tra donna, che conſentiva, e donna, che contraddi-
ceva, ſiccome coſta per quel, che di quella Legge ci
laſciò ſcritto Giuſtiniano (*a*). Ma derogò finalmente al- 49
la Legge Giulia l' Imp. Giuſtiniano, per la cui nuova
Coſtituzione (*b*), nemmen col conſenſo della moglie,
può 'l marito alienare il fondo dotale. Son dunque i teſti
di Paolo, e di Ulpiano, quandochè parlino principal-
mente delle alienazioni del fondo dotale, avanzi dell'an-
tica Giuriſprudenza: e dove prima baſtava il conſenſo
della moglie, oggi, che l' alienazione aſſolutamente è
vietata, richiedeſi l' aſſenſo del Principe: e ſiccome ne'
caſi, che trattaron que' due Giuriſconſulti, ſebben ſi
doveſſero alimentare, o liberar dalle carceri i più ſtret-
ti parenti della donna, pur, coſtei non conſentendo,
nulla era l' alienazion delle doti; così oggi eſſer dee
nulla ſenza l' aſſenſo del Principe, comecchè vi concor-
rano le medeſime cauſe. E' dunque ſucceduto in luogo
del conſenſo della donna l'aſſenſo del Principe: ed eſſer
dee queſto molto più chiaro ed eſpreſſo, che non do-
veva eſſer quello. Il conſenſo della donna poteva eſſer 50
eſpreſſo, o tacito, come avviſano i Dottori, e nomina-
tamente il Gotofredo (*c*); ma l'aſſenſo del Principe non

(a) *d. L. un.*, *& d. pr.*
(b) *d. L. un.* §. 15., *& d. pr.*
(c) *In d. L.* 21. *v.* maxime.

può esser tacito, perchè questo risulta dalla scienza, e dalla taciturnità: e 'l Principe non si dee presumere, che abbia la scienza de' fatti de' privati. Il consenso della donna, quando anche nulla avesse saputo dell'alienazion delle doti, poteva, a giudizio di certuni (*a*), presumersi: ma presumer non si può l'assenso del Principe; poichè, oltre le cose dette nel §. antecedente, è quì da riflettere, che avendo il Principe fatta la Legge vietante l'alienazion delle doti, è simigliante del tutto alla donna contraddicente all'alienazione: nel qual caso si è detto per l'autorità del Bartolo, e del Duareno, che non han luogo i testi di Paolo, e di Ulpiano.

Interpetrate a cotesto modo le Leggi citate da'Dottori, che la contraria sentenza difendono, che può va-
51 lere la loro autorità? Non vorrei però, che l'Avversario credesse, che manchino al mio cliente autorità di Dottori, ed esempj di cose giudicate. Per rispetto del Vellejano, rapporta il Paponio l'arresto, che segue (*b*): *Arresto Parisiensi 21. Martii ann. 1528. mulier quaedam ad Vellejanum adversus creditorem mariti sui admissa fuit, pro quo se obligaverat, ut maritus ex carcere dimitteretur.* Il Tribunal di Parigi non pone differenza tra 'l carcerato per delitto, e 'l carcerato per proprio debito. Così l'uno, come l'altro *sui culpa patitur*, come scrisse Paolo di Castro (*c*): per la qual dottrina ammise il S.Consiglio (*d*) alla eccezione del Vellejano una madre, che si era obbligata per la liberazione del figlio incarcerato.
52 Per verità certo è nelle Leggi, e grande il favor delle donne obbligantisi per altrui, massimamente delle mogli,

(a) *Bart. in d. L. 21.*
(b) *Lib. 12. tit. 5. num. 8.*
(c) *In auth. res quae, num. 13. C. comm. de leg.*
(d) *De Franchis decis. 578. num. 12.*

gli, che ſi obbligano pe' mariti (*a*) : per contrario non 53
ſoccorrono le Leggi a coloro, che per propria colpa cadono in neceſſità (*b*), perchè, come ſcrive il Covarruvia (*c*), *eorum punitio juſta eſt, & Reip. conveniens*. Confermaſi coteſta maſſima per un bel detto del Re Alfonſo d' Aragona appreſſo il citato Covarruvia (*d*): *Quum eques quidam ingens patrimonium per luxum ac libidinem abſorbuiſſet, atque inſuper magnam aeris alieni vim contraxiſſet, quibusdam pro eo intercedentibus apud Alfonſum Aragoniae Regem, ne ſaltem quae debebat, corpore luere cogeretur, utque ei ſubveniret, Rex ipſe reſpondit: ſi tantum pecuniam vel in ſui Regis obſequium, vel patriae commodis, vel ſublevandis propinquis impendiſſet, audirem utique: nunc quoniam tantas opes impendit corpori, par eſt, ut luat corpore*. Tien qualche conto d' una tal differenza Marcantonio de Amatis (*e*). Muove egli il dubbio, ſe poſſa la donna obbligarſi *pro redemtione ſui viri*, e diſtingue così (*f*): *Aut agitur de redimendo viro a captivitate, aut a carceribus, in quibus vel pro debito, vel pro maleficio ex propria culpa detinetur. Primo caſu poteſt etiam ſine ſollemnitatibus; ſecundo caſu non, quia non eſt ſubveniendum his, qui ſtant in carceribus pro ſua culpa.... & jura loquentia de redemtione captivorum non habent locum in carceratis ex maleficio, ne bona alienari probibita, & praecipue a mulieribus, erogentur ad favorem eorum, qui propria culpa, luxuria, & pravis moribus in paupertatem & inopiam, demum-*

(a) *Auth. ſi qua mulier C. ad Vellej.*
(b) *Salicet., Paul. de Caſtr., & Jaſon. in d. Auth.*
(c) *Var. reſ. lib. 2. c. 16. in fin.*
(d) *d. c. 16. num. 9.*
(e) *Deciſ. Marcb. 62.*
(f) *Num. 1. 2. 4. 5. & 6.*

mumque in carceribus inciderunt. Ma di ciò non contento, eſtende la ſteſſa dottrina anche a' carcerati per debiti civili (*a*), *quod propria culpa etiam in carcerato pro debito poteſt conſiderari*. Soggiunge, poter tollerarſi coteſta
54 colpa, e ſeguentemente ſoſtenerſi l' obbligo della donna (*b*), *ex cauſa utilitatis reſultantis ex perſona viri pro filiorum, & uxoris alimentis provenientibus ex labore, & induſtria ipſius viri* [coſa, che non era da ſperare da un Notajo, che avea dati *in ſolutum* i protocolli al creditore, e che uſciva delle carceri macchiato di falſità (*c*)] *licet ſecus eſſet in idoneo ad nihil boni agendum* [qual era il Falanga] *quia tunc non deberet detegi unum altare pro alio tegendo; hoc etenim eſſet damnum evidens & notabile, in quo nulla caderet juſta cauſa .... & tanto magis, quia ſic mulier quaereret recuperationem ejus, quem non habere melius eſſet, nam, ut inquit Baldus, melius eſt uxori carere marito, quam malum maritum habere*. Ma
55 che che ſia di cotal differenza, dove ſi tratti di liberar dalle carceri un marito, che per grave delitto vi ſtia, aſſai più ricevuta è l' opinione, non poter la moglie a liberarnelo obbligarſi: *Quaeſtionis eſt*, ſcrive il Tiraquello (*d*), *an haec procederent in redemtione ejus, qui ob ſcelera in vinculis detinetur:* indi, rapportata l' opinione affermativa, ſoggiunge (*e*): *At ſunt MULTO PLURES, qui tenent contrarium ... & Jaſon hanc dicit eſſe COMMUNEM OPINIONEM .... Rationes in id recidunt, ut non ſit eis ſubveniendum, qui ipſi ſuo ſcelere id mali adſcripſerunt*.

Per

(a) *Num.* 23.
(b) *Num.* 24.
(c) *Num.* 25.
(d) *Gloſ.* 8. *num.* 188.
(e) *Num.* 289.

Digitized by Google

Per riſpetto poi dell' alienazione del fondo dotale, 56
molto più debbon valere le ſoprarrecate ragioni. Non ſi obbliga la moglie per la ſcarcerazion del marito, perchè, obbligandoſi, ſi eſpone al pericolo di dover alienare le ſue doti. Or ſe le ſovviene la Legge per lo timore del dubbio, e futuro danno, molto più le dee ſovvenire, ove il danno è certo, e preſente. Ecco le autorità de' Dottori, che ciò confermano. Il citato Marcantonio de Amatis parla non ſolamente dell' obbligo della donna, ma dell' alienazion della dote altresì: *Ne bona alienari prohibita, & praecipue a mulieribus, erogentur ad favorem eorum, qui propria culpa &c.* Il Surdo (*a*) ſcrive, che, ſtando prigione Franceſco Cataldo, la coſtui moglie chieſe al Senato di Mantova la facoltà di alienare una parte del fondo dotale. E comecchè alcuni de' Senatori gliela negaſſero, nondimeno gliel' accordarono il più di eſſi. Ma ecco il giudizio di quel dotto Scrittore (*b*); *Mihi vero, ſi verum dicere licet, non admodum placuit ſupradicta deciſio, quia certi ſunt caſus; quibus permiſſa eſt dotalis fundi alienatio, extra quos ſemper cenſetur prohibita, etiamſi facta ſit in cauſam piam: ideoque licet liberatio carceratorum pium ſit opus, tamen non legitur ob eam cauſam conceſſa alienatio fundi dotalis.*

Per le coſe dette fin quì, ſpera D. Ceſare Luciani, che ſi abbia a condannare il Principe di Santobuono a pagare duc. 2380. di annualità decorſe ſino al dì della lite moſſa, ed a fargli l'aſſegnamento per l'avvenire.

Di Caſa il dì 16. dell'anno 1755.

Riſ-

(a) *Deciſ.* 86.
(b) *Num.* 10. & 11.

Riſpoſta alla Scrittura data ultimamente fuori per lo Principe di Santobuono.

NElla Scrittura da me data fuori per D. Ceſare Luciani, mi ſtudiai di moſtrare, che l'aſſenſo impetrato ſulla ceſſion fatta da Iſabella di Simone al Principe di Santobuono d'un capital di ducati mille, fu del tutto nullo, perchè quel capitale era dotale, e nel ſommario del memoriale, che da Iſabella ſi porſe al Vicerè per l'aſſenſo, ſi diſſe, ch' era eſtradotale. La qualità dotale fu da me provata per lo teſtamento di Giantommaſo di Simone, ove fu ſcritta erede Iſabella con eſpreſſa legge, che *doveſſe aſſegnare al ſuo futuro marito per dote tutta l' eredità*.

A ſciorre coteſto argomento, dice il dotto Contraddittore, che uopo non v'era d'aſſenſo, perchè quel capitale non era dotale; tuttochè aveſſe il teſtator voluto, che tutta la ſua eredità ſi foſſe aſſegnata per dote. Non fu dotale, e' dice, perchè *mancò la coſtituzion della dote*, e dove manchi la coſtituzion della dote, il dominio non paſſa nel marito: e dove il dominio non paſſi, il fondo non può dirſi dotale, e ſeguentemente ben ſi può alienare per quel teſto di Ulpiano (*a*): *Dotale praedium ſic accipimus, quum dominium marito quaeſitum eſt, ut tunc demum alienatio prohibeatur*: che foſſe poi mancata nel caſo noſtro la coſtituzion della dote, e che non foſſe paſſato il dominio nel marito d' Iſabella, non è punto da dubitare, da che 'l precetto del teſtatore *non appariſce eſeguito* da Iſabella *con niuna valida promeſſa, nè contradizione*: e non ſolamente non fu eſeguito, ma non

(a) *In L. dotale* 13. §. 2. *de fund. dot.*

non potea per legge eſeguirſi, poichè Iſabella, che nel tempo del teſtamento non era ancor maritata, ſi maritò poi prima che 'l teſtator ſi moriſſe: onde quelle parole: *voglio, che debba aſſegnare al ſuo futuro marito per dote tutta la mia eredità*, non poteano *verificarſi nella perſona di Notar Gennaro Falanga, già ſpoſato otto meſi prima di deferirſi l' eredità:* il perchè, come parole contenenti una condizione impoſſibile, debbono averſi per non iſcritte: e quando ſi voglia pretendere, che 'l legato *cauſa dotis* ſi debba ancor alla donna maritata per ſopraddote, manca nel noſtro caſo la volontà del teſtatore, il quale, dicendo, *al futuro marito*, moſtra di non aver penſato, che Iſabella doveſſe trovarſi marita: *e perciò, mancando la cauſa, deve mancare l' effetto:* ed ultimamente *ne' termini di legato fatto alla maritanda*, quandochè ſi trovi maritata nel tempo della morte del teſtatore, *inſegnano i Dottori, che 'l più che poſſa pretendere, ſia di doverſele non per lo matrimonio contratto, ma per lo contraendo.* Così ſottilmente ragiona il dottiſſimo Contraddittore.

Ma delle molte coſe, ch' e' dice, alcune ſon vere, le più ſon falſe: e ciò ſia detto con quella riverenza, che per me gli ſi deve. E' vero, che non ci è dote, dove manchi la coſtituzione di eſſa, e non ſe ne trasferiſca il dominio nel marito: il che ſi vuole intendere 57
del dominio detto dagli antichi *bonitario*, ſecondochè, meglio, che altri, il noſtro chiariſſimo Domenico Auliſio ha moſtrato (*a*). E' vero ancora, che ſi coſtituiſcon 58
le doti per le promeſſe, che ſon le *cauſe*, e per le tradizioni, che ſono i *modi*, non altrimenti, che ſi acquiſtano i dominj delle coſe (*b*). Ma è falſo, che mancò

(a) *In tit. ff. ſolut. matr. part. ult. rubr. quaeſt. un.*
(b) *L. ad exactionem 6. C. de dot. promiſ.*, *L. quemadmo-*

nel caſo noſtro la coſtituzion della dote: falſo, che non ne paſsò 'l dominio nel marito: falſo, che 'l precetto del teſtatore non potea per Legge eſeguirſi.

59 Non manca la cauſa, onde ſi coſtituiſce la dote, tuttochè manchi la promeſſa d'Iſabella, concioſiachè non dalle ſole donne, che ſi maritano, e per ſoli atti tra' vivi ſi coſtituiſcan le doti, ma da chicchеſſia, ed ancora ne' teſtamenti; ſiccome non meno i legati, e le altre ultime volontà, che i contratti, ſono i giuſti titoli, onde i dominj ſi trasferiſcono. Di dote coſtituita per legato ſi fa menzione in più luoghi delle Pandette, e ſpezialmente in uno di Papiniano (*a*). Ma baſta a trarci di qualunque dubbio l'autorità del ſolo Antonio Fabro, che, della coſtituzion della dote parlando, ſcrive (*b*): *Si vel minima CONSTITUTIONIS praecedentis conjectura emergat, aliud erit, utputa ſi ea bona idcirco mulieri donata, aut LEGATA fuerunt, ut eſſent ei in dotem, vel ipſi ſolverentur, quum nuberet: quaſi nuptiarum ſola mentio facilius inducat, ut qui mulieri donavit, vel LEGAVIT, de dote CONSTITUENDA cogitaſſe videatur.* Poſta coteſta *cauſa*, onde fu da principio coſtituita la dote, non ci dobbiamo brigar del *modo*, cioè, della tradizione, non ſolo nel caſo, che ſi dubiti, ſe vi fu, o no, qual è 'l noſtro caſo; ma eziandio nel caſo, che certamente ſi ſappia, non eſſervi ſtata la tradizione, perchè Iſabella non volle trasferir nel marito a titolo di dote l'eredità del zio. Pajono ſtrane le coſe, ch'io ſcrivo: e pur ſon vere. Nel caſo, che ſi dubiti, ſe vi fu,

o no

---

modum 46. *ff. de jur. dot. Duaeren. in tit. ſolut. matr. cap. quomodo conſtituatur dos. Huber in tit. ff. de jur. dot. n.* 6.

(a) *In L. Titio centum* 71. §. *Titio genero* 3. *de cond. & dem.*

(b) *In Cod. lib.* 5. *tit.* 7. *def.* 13.

o no la tradizione, presume la Legge, che la tradizione vi fu, perchè vi fu la *causa*, onde si costituì pienamente la dote. La dottrina legale, è questa. O è preceduta la 60
costituzion della dote, o non è preceduta. Se non è preceduta, i beni della donna non si presumono dotali, tuttochè gli amministri il marito, e ne spenda i frutti per gli pesi del matrimonio: se poi è preceduta, quelli si presumon dotali, sì perchè così par che richiegga la causa precedente, come perchè, nel dubbio, si dee presumer quel, che alla donna più giova: ed importa alla donna che i suoi beni, per la qualità dotale, più difficilmente si vendano: *Bona mulieris*, scrive maestrevolmente il sopraccitato Antonio Fabro (*a*), *non praesumuntur dotalia, si dotis constitutio nulla praecesserit; quum enim facti sit, praesumi nulla ratione potest: nec sufficiet, quod sciente, & patiente uxore, maritus administrationem eorum habuerit, fructusque oneribus matrimonii ferendis impenderit. Sed tamen si vel minima constitutionis praecedentis conjectura emergat, aliud erit, utputa si ex parte mulieris traditio vera interceſſerit, aut si ea bona idcirco mulieri donata, aut LEGATA fuerunt, ut essent ei in dotem.... praesertim quum dotatam esse mulierem interest etiam mulieris ... ut difficiliorem faciat bonorum suorum venditionem.*
Oltre a ciò, se nel dubbio è da presumere, che ciascun 61
soddisfaccia al suo debito, specialmente quando abbia incominciato a farlo: *unusquisque praesumitur, quod muneri suo satisfaciat, quando praesertim caeperat satisfacere* (*b*): essendo Isabella obbligata di dare in dote al marito l' eredità del zio, perchè così aveva il testator comandato; è da credere, che l' abbia fatto, specialmente perchè aveva incominciato ad ubbidire, accettando il te-

(a) *Ibid.*
(b) *Mantis. ad de Luc. decis. 34. num. 71. lib. 15. vol. 4.*

ſtamento ſenza riſerba alcuna. Se poi ſi finga, che Iſabella certamente non aſſegnò al marito i beni ereditarj di ſuo zio, perchè nol volle; in tal caſo ſi deve avere per fatto quel, che non ſi è voluto fare, perchè far ſi
62 doveva. E' regola di Legge (*a*): *In omnibus cauſis pro facto accipitur id, in quo per alium mora ſit, quominus fiat*: ſul qual luogo di Pomponio ſcrive Giacomo Gotofredo: *Ergo quemcumque mihi fingas, qui in complementum contractus initi quid facere tenetur.... ſi per eum mora fit, quominus quid fiat, pro facto, quod faciendum erat, accipietur*: E ciò è vero *in omnibus cauſis*, come dice il Giuriſconſulto, cioè ne' contratti, e nelle ultime volontà (*b*). E non è da omettere, che'l caſo, in cui Pomponio coteſta regola propoſe, è appunto il noſtro: *Species hujus regulae*, dice il lodato Gotofredo, *in vacuae poſſeſſionis traditione poni poteſt, quod Raevardo quoque placuit*. Nel caſo di Pomponio il venditore del fondo era tenuto alla *tradizione della poſſeſſione vacua*, come nel noſtro era tenuta Iſabella alla tradizione de' beni ereditarj. Nel caſo di Pomponio, non avendo il venditore data *la vacua poſſeſſion* del fondo, la Legge l'ebbe per data, ſupplendo colla ſua poteſtà quel, che colui non avea fatto. E perchè non dee dirſi lo ſteſſo nel caſo noſtro? Lo ſteſſo certamente dee dirſi, e con più di
63 ragione, poichè trattaſi nel noſtro caſo di doti, in grazia di cui paſſa il dominio nel marito per poteſtà di Legge contra la volontà del padron della roba: *Si res alicui tradidero*, ſon parole di Ulpiano (*c*), *ut, nuptiis ſequutis, dotis efficiantur, & ante nuptias deceſſero, an, ſequutis nuptiis dotis eſſe incipiant? Et vereor, ne non poſ-*

(a) *L. in omnibus 39. de reg. jur.*
(b) *Wiſenbach. in d. L. 39.*
(c) *In L. ſi ego 9. §. ſi res 1. ff. de jur. dot.*

poſſint in dominio ejus effici, cui datae ſunt, quia poſt mortem incipiat dominium diſcedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum: & quum ſequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium eſt, a quo diſcedere rerum non poſſe dominium invito eo, fatendum eſt. Sed benignius eſt favore dotium, neceſſitatem imponi heredi conſentire ei, quod defunctus fecit; aut, ſi diſtulerit, vel abſit, etiam nolente, vel abſente eo, dominium ad maritum ipſo jure transferri. Se per lo favor delle doti dee l'erede, ch'è'l vero padrone, conſentire a quel, che fece il defunto; e non conſentendovi, contra la di lui volontà, ſi trasferiſce per poteſtà di Legge il dominio nel marito, e la roba diventa dotale; dovea parimenti Iſabella, erede di Giantommaſo, conſentire a ciò, che aveva il teſtatore ordinato, e non conſentendovi, dovea, contra la di lei volontà, averſi come data al marito la dote per mera poteſtà di Legge.

Forſe molto più ſottilmente, che uopo non era, ho io eſaminata la coſa: e potea disbrigarmene colla ſeguente riſpoſta. Se la donna è libera padrona della roba, o perchè queſta è la di lei legittima, cui non ſi può imporre per altrui alcun peſo, o perchè l'è pervenuta per altro titolo ſenza condizione, o modo; in tal caſo non può diventar dotale altrimenti, che per lo fatto della donna, cioè per la promeſſa, e per la tradizione: e la dote ſarà tanta, quanto di quella roba ſarà da lei promeſſo, e conſegnato per dote: e'l rimanente ſarà eſtradotale, e proprio della donna. Ma ſe un eſtraneo, che, come non ha l'obbligo di laſciare alla donna la legittima, o di dotarla, così può liberamente imporre alle ſue robe quel peſo, che gli piace; laſci ſua roba alla donna con legge eſpreſſa, che ſi dia in dote al futuro marito; in tal caſo prende la roba la qualità dotale non per lo fatto della donna, ma per la volontà

del

del teſtatore. Quel detto comune, *res tranſit cum onere ſuo*, ha luogo quì meglio, che altrove: nè può la donna, che libera padrona non è della roba, torle quella qualità, che 'l vero padrone le impoſe. Eluderebbe ella il giudizio del teſtatore contr' a ciò, che voglion le Leggi Romane. Oltre a ciò la qualità dotale contien l'intereſſe non della ſola donna, ma eziandio del marito, e de' figli: e nel noſtro caſo fece Giantommaſo eſpreſſa menzione de' figli, che nati ſarebbero di ſua nipote. Or ſi sa, che (*a*) *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*. Le doti di coteſto genere ſono ſimigliantiſſime a' fedecommeſſi. Se a fedecommeſſo ſi ſottoponga la ſola legittima all'erede dovuta, od altra roba, che ſia propria dell'erede, il coſtui fatto richiedeſi, perchè prenda la roba quella qualità, che 'l teſtatore le volle dare, e divenga inalienabile: ma ſe 'l fedecommeſſo s' iſtituiſca ſopra roba propria del teſtatore, per la ſola volontà di coſtui diventa la roba inalienabile, ſenza che ſia neceſſario alcun fatto dell' erede; perchè ciaſcun può imporre alle ſue coſe quella legge, che vuole. Per la medeſima ragione, le doti da' teſtatori coſtituite ſopra robe, che liberamente lor ſi appartengono, eſſer debbono vere doti, e ſeguentemente inalienabili per la ſola loro volontà: ed inalienabili ſono anche prima, che ſi conſegnino al marito, come, prima che ſi conſegnino a' chiamati, inalienabili ſono i fedecommeſſi.

64

Vengo ora a ciò, che in ultimo luogo ſi dice nella contraria Scrittura. Non è, per mio giudizio, da tollerarſi (e 'l gentile Avverſario ſel porti in pace) quel, ch' e' ſcrive, che 'l precetto del teſtatore non potea per Legge eſeguirſi: o ſi potea ſolamente eſeguire per un ſecondo matrimonio, che, morto il Falanga, aveſſe contrat-

(a) *L. non debet 74. de reg. iur.*

tratto Isabella. Non deve egli ignorare, che ben si può costituire, ed accrescer la dote dopo contratte le nozze (*a*). Come dunque può dirsi *impossibile* quel, che permette la Legge? E perchè, a renderlo *possibile*, assi a ricorrere al caso d' un secondo matrimonio, quandochè consenton le Leggi, che sia *possibile* anche per lo primo? Non prenderò quì ad esaminare, che scrivano, ed in qual modo intender si debbano i *Dottori*, ch' e' cita. Poco curo le autorità de' Dottori, dove chiara ed espressa è la Legge. Scrive Giavoleno (*b*): *Si ita legatum esset, quum nupserit: si nupta fuerit, & hoc testator sciisset, alterum matrimonium erit expectandum: nihilque interesit, utrum vivo testatore, an post mortem ea iterum nupserit.* O quante cose son quì da notare, che tornan tutte assai bene! Il legato, di cui tratta Giavoleno, è certamente legato di dote. Basta la semplice menzione delle future nozze, perchè si abbia per tale, tuttochè non si parli espressamente di dote (*c*). Ma nel caso di Giavoleno la donna, cui si lasciò il legato, era già maritata nel tempo del testamento, e ciò dal testator si sapeva: perciò scrisse il Giurisconsulto, *alterum matrimonium erit expectandum*. Così finge il caso la Chiosa: *Titius legavit Sejae centum, quum nupserit ipsa Seja; & decessit idem Titius: postea reperitur, quod Seja erat nupta tempore testamenti, & quod testator hoc sciebat*: nè 'l caso potea fingersi altrimenti. Or quì si vuole osservare, che, perchè debba aspettarsi il secondo matrimonio, debbono concorrer due cose; cioè, che la donna sia già maritata nel tempo del testamento, e che ciò dal testatore si sappia, *si nupta fue-*

65 66 67 68

(a) §. *est & aliud* 5. *Inst. de donat.*

(b) *In L. si ita* 68. *ff. de cond. & dem.*

(c) *L. uxorem* 41. §. 7. *de leg.* 3. *V. Mantic. de conject. ult. vol. lib.* 11. *tit.* 21.

69 *fuerit, & hoc teſtator ſciſſet.* La particella *&*, poſta tra più coſe, neceſſariamente richiede, che ſi verifichino tutte (*a*). Dunque, ſe o la donna non è ancor maritata nel tempo del teſtamento, o'l teſtatore non sa, che ſia maritata, non è uopo, che 'l ſecondo matrimonio ſi attenda: e ſeguentemente, eſſendoſi maritata Iſabella dopo 'l teſtamento, eſſer dovea la roba del zio aumento di dote per quelle prime nozze, che avea contratte. Igno-
70 rarono i Forenſi, coteſto punto trattando, il luogo di Giavoleno; ma, opinando, inſegnaron lo ſteſſo. Ecco come ne ſcriſſe, ſeguendo la opinion comune, il giudizioſiſſimo Card. de Luca (*b*): *Aut agitur de legato, vel altera diſpoſitione dotis .... & tunc ſi mulier DE TEMPORE TESTAMENTI erat NUPTA, & congrue dotata, idque teſtatori ſeu diſponenti COGNITUM erat, RECEPTUM VIDETUR, diſpoſitionem ei non convenire, niſi quatenus contingat ulteriores nuptias de futuro contrahi debere, quibus, non autem jam contractis, diſpoſitio convenit.*

71 Ma tornando a quel, che l' Avverſario dice della *impoſſibilità* del precetto del teſtatore, ſi vuol anche oſſervare quel, che ſoggiugne Giavoleno; *nihilque intererit, utrum vivo teſtatore, an poſt mortem ea iterum nupſerit.* Trattandoſi di legato di dote, non ci ha differenza tra le prime, e le ſeconde nozze. O le prime, o le ſeconde ſi attendano, il legato contien ſempre la condizione, ſe le nozze ſi facciano: e coteſta condizione, come ſi verifica facendoſi le ſeconde nozze, così ſi dee verificare facendoſi le prime. Ma nel caſo, che attender ſi debbano le ſeconde, nulla importa, ſe ſi ſieno contratte dopo la morte del teſtatore, od in tempo, che 'l teſtatore

(a) §. *ſi plures* 32. *Inſt. de her. inſt.*
(b) *In dot. ſumm. num.* 78.

tore ancor vive: dunque, anche quando si debbano attender le prime, come le prime attender si debbono nel caso nostro, la condizion del legato, o della istituzione si verifica, sebbene si sieno contratte in vita del testatore: tanto è lontano, che sia impossibile, e come tale si abbia per non iscritta. Si vuol finalmente osservare, che Giavoleno, dicendo, *nihilque interesset, utrum vivo &c.*, suppone, che 'l testatore abbia scienza del matrimonio; poichè le parole, *nihilque interesset &c.* si debbono intendere secondo il caso proposto: e Giavoleno, proponendo il caso, avea detto, *si nupta fuerit, & hoc testator sciisset*. Quinci raccogliesi, che, dove si supponga, 72
che 'l testatore abbia scienza delle nozze, che la donna contragga dopo 'l testamento, e prima della morte, generalmente sia vero, doversi alla donna, comecchè già maritata, le doti. E la ragione a me par, che sia questa, perchè non potendo il testatore ignorare quel, che aveva nel suo testamento ordinato, e potendo, saputo le nozze, distornare quel, che scritto vi aveva, e torre alla sua roba la qualità dotale, che le avea data; e non facendolo, dà non oscuramente a vedere, esser suo intendimento, che con quella qualità passi la roba alla donna. Ciò tanto è vero, che i Dottori han dubi- 73
tato della volontà del testatore nel solo caso, che, non sapendo costui, si contraggan le nozze: ed anche in tal caso voglion gravissimi Autori, doversi alla donna la roba, come dotale. Ecco quel, che soggiunge il citato de Luca (a): *Si vero de tempore testamenti, vel etiam postea, ipso tamen testatore vivente, SED IGNORANTE, nuptiae contractae sint, adeo ut de tempore, quo dispositio perfectionem recipit, puella jam nupta sit, tunc plures desuper habentur opiniones. Una est affirmativa triplici ra-*

(a) *Num. 79.*

tioni innixa, vel ſcilicet, quod pro diſpoſitione conſequenda ſufficiat conditionem quandocumque impleri; vel quia, ubi certus effectus attenditur, curandum non eſt, an ille praecedat, vel ſequatur: vel demum, quia matrimonium non eſt cauſa extinctiva, ſed potius productiva dotis, ideoque ceſſet contraria ratio extinctae, ſeu ceſſantis cauſae legandi (della qual ragione non nel proprio caſo ſi vale il Contraddittore) *ea vero, quae habemus in jure de tempore limitato, procedunt ubi illud adjectum eſt cauſſa limitandi, ſeu extinguendi obligationem, non autem cauſa eam perficiendi, vel exequendi: alia etiam militante ratione per aliquos aſſignari ſolita, quod quamvis talis diſpoſitio adhuc imperfecta, & revocabilis nullum tribuat formale jus, ſed ſolam ſpem, adhuc tamen ob iſtam puella facilius, ac dignius collocari poteſt.* Dunque, poichè non ſi può dubitare, che Giantommaſo ebbe ſcienza del matrimonio di ſua nipote, a coſtei paſsò la roba colla qualità dotale.

Di Caſa il dì 5. di Aprile 1755.

Per

Per l' Univerſità d' Aſcoli contr' il Duca d' Aſcoli.

ARGOMENTO.

Si dimoſtra, che la dazione *in ſolutum* di alcuni beni ſtabili dell' Univerſità di Aſcoli, fatta in benefizio del Barone D. Pietro Ciamburro, ſia ſtata illegittima; e che la medeſima non gliene fece acquiſtar mai il dominio, così per difetto di buona fede, che per difetto di ſolennità. E finalmente, che'l Duca d' Aſcoli, che poſteriormente gli ſteſſi beni ſtabili dal ſuddetto Ciamburro comperò, neppure ne acquiſtò mai il dominio, come quello, che'l venditore non aveva acquiſtato giammai.

SOMMARIO.

1 *IL contratto di buona fede, ſe gli dà cauſa il dolo, da principio è nullo.*

2 *Il contratto* ſtricti juris, *ſe gli dà cauſa il dolo, per la eccezion del dolo, aſſai a reſcindere.*

3 *Ogni dolo è preſunto, perchè non può altrimenti provarſi, che per preſunzioni.*

4 *Coſa mai ſia il dolo. Talvolta il dolo è nel fatto ſteſſo, nel qual caſo non ci ha uopo di pruova:* Ved. il num. 15.

5 *Opera con dolo, chi non fa quel, che deve.*

6 *Non ſi ſcuopre meglio il dolo, che quando in pregiudizio altrui altro ſi fa, ed altro ſi finge di fare.*

7 *E' dolo o'l troppo diminuire, o'l troppo eſagerar la coſa a danni altrui.*

8 *Perchè si possa istituire un' azione a nome di un Comune; ci bisogna la facoltà almeno di due parti di quegli, che hanno diritto di voce.*

9 *Del modo come abbiasi a conchiuder l' alienazione de' beni delle Università:* Ved. il num. seg.

11 *Ciascuno vuol mostrare di soprassapere (colpa della guasta natura umana) ed è perciò sospinto a contendere.*

12 *Il mandato è di così stretta interpetrazione, che assi ad osservare nella qualità, ed in qualsivoglia minima forma.*

13 *Dove trattasi di alienazione de' beni di qualche Università, non basta, che l' alienante sia amministratore, ma richiedesi spezial mandato.*

14 *Perchè il procuratore possa sustituire, deve avere spezial facoltà a poter fare un tale atto.*

15 *Il dolo è nella cosa stessa, quando siasi promesso più di quel, che nel trattato si sia conchiuso.*

16 *Vizia il rescritto quello, che, se si fosse nella supplica espresso, o in niun modo, o più difficilmente l' avrebbe fatto impetrare.*

17 *Nelle alienazioni de' beni delle Università, richiedesi l' assenso del Principe:* Ved. il num. 19. *E richiedesi ancora, che nel decreto dell' assenso si deroghi nominatamente alla Pram.* 18. de administratione Universitatum: *Ved. il num.* 23.

18 *Dov' è errore, quivi non è consenso.*

19 *L' Università è un pupillo, e 'l suo tutore è 'l Principe. E l' alienazione fatta dal pupillo senza l' autorità del tutore, è nulla.*

20 *Qual sia l' autorità del tutore inverso del pupillo. In quali casi il tutore all' atto del pupillo presta solamente la sua autorità: in quali altri casi da se solo spedisce l' atto, che spedir dovrebbe il pupillo:* Ved. il num. seg.

22 *L'assenso non induce, nè prova il contratto, se del contratto altronde non costi.*

24 *Niuno può trasferire in altrui quel diritto, che non ha.*

25 *Altro è vendere, altro è consentire alla vendita.*

26 *La troppa cautela, è un grande argomento di frode, e di mala fede.*

27 *Quali requisiti si ricercano, onde la ratiabizione dia forza all'atto:* Ved. i num. seg.

28 *Nelle cose utili, la sola scienza basta a far presumere l'accettazion dell'atto.*

29 *La ratiabizione, perchè possa indursi nelle cose pregiudiziali, e* possibiliter *dannose, oltre la certa scienza, è necessario l'esplicito, ed espresso consenso.*

30 *Quando l'atto sia nullo per difetto di solennità dalla Legge richiesta, nè per la certa scienza, nè per l'espresso, ed esplicito consenso delle parti, può acquistar forza giammai.*

ALLEGAZIONE XIII.

NON era alcun uopo, che più si scrivesse di quel, che si è scritto dal mio dottissimo Collega per la Università di Ascoli. Pur, poichè si è voluto da taluni, che anch' io scrivessi qualche cosa per lei, mi è convenuto di farlo. Ma mio intendimento è di distendere in carta quel poco, che dissi in Ruota dintorno a un punto solo della causa. Pretesi parlando in Ruota, che nulla fu la compera, che dal Baron Pietro Ciamburro fece il Duca di Ascoli nell' anno 1697. di due *mezzane* della Università, cioè della *mezzana* detta il *Monte della Fico*, e della *mezzana* detta *Carpinello*, e di una parte della *mezzana* detta la *mezzana grande*, perchè 'l Ciamburro, che gliele vendè, non ne aveva acquistato mai il dominio: e questo istesso pretendo ora in iscritto.

CA-

CAPO I.

Il Baron Pietro Ciamburro non acquistò mai il dominio delle mezzane *della Università di Ascoli.*

CRedeva il Baron Pietro Ciamburro di rappresentare, come cessionario di una tal Elena Basilico, due crediti contra l'Università di Ascoli ascendenti a duc. 11000. di capitale; ma l'Università non gli avea per veri, e pendea la lite nell'abolito Collateral Consiglio. In tale stato di cose, riuscì felicemente al Ciamburro di porsi in mano le suddette *mezzane* per una illegittima dazione *in solutum*, la quale non gliene fece acquistare il dominio per difetto di buona fede, e per difetto di solennità.

§ I.

Il Ciamburro non acquistò mai il dominio delle mezzane *per difetto di buona fede.*

COntratto di buona fede è la dazione *in solutum*, come quella, che in sustanza non è altro, che un
1 contratto di vendita. Or non è da dubitare, che 'l contratto di buona fede, se gli dà causa il dolo, da prin-
2 cipio è nullo (*a*), a differenza del contratto *stricti juris*, che si avrebbe per la eccezion del dolo a rescindere (*b*).

Pren-

(a) *L. & eleganter 7. pr. ff. de dol. mal., & L. si mulier 21. §. si des 3. ff. quod met. caus., ubi Cujac. tom. 10. edit. Neap. pag. 393. lit. D.*

(b) *L. dolo 5. C. de inut. stip.*

Digitized by Google

Prendo ora io a dimoſtrare, che alla dazione *in ſolutum*, onde il Ciamburro credè di avere acquiſtato il dominio delle *mezzane*, diè cauſa il dolo.

Del dolo, come di quello, che naſcoſo è nell'animo, difficiliſſima riuſcirebbe la pruova. Ma, perchè non reſti impunito, contentaſi la Legge di quella pruova, che ſe ne può fare: e queſta è la pruova per congetture. Ciò tanto è vero, che da non pochi graviſſimi interpetri delle Leggi derideſi la diſtinzione, che talun fa tra'l dolo *vero*, e'l dolo *preſunto*. Non ci ha dolo (dice Giovanni Calvino (*a*), e ſolo vaglia per molti) non ci ha dolo, che *preſunto* non ſia, perchè non ci ha dolo, il qual poſſa altrimenti provarſi, che per preſunzioni: *Omnis dolus malus, eſt praeſumtus, quia nonniſi praeſumtione & indiciis probari poteſt.* Ed o quante congetture di dolo ho io pronte! Se non che ſono eſſe, a giudizio di tutti i Dottori, da conſiderare unite inſieme, perchè quelle, che ſeparate l'una dall'altra non baſterebbon forſe a provarlo, per la forza, che l'una dall'altra riceve, concludentemente il provano unite. Ciò poſto, ecco mi ſo io a ſporre, ſecondo l'ordine de' tempi, quanto in Aſcoli ſi operò dal dì 2. del meſe di Agoſto dell'anno 1677. ſino al dì 27. del meſe di Novembre dell'anno 1685., nel qual dì ci ſi vuol far credere, che aveſſe il Ciamburro acquiſtato il dominio delle *mezzane*: e da' fatti, che mi converrà di raccontare, trarrò le congetture di quella macchinazione, onde fu la povera Univerſità ſpogliata di sì ſpecioſi poderi. E perchè ſi conoſca, che le congetture, di cui mi valgo, ſono da' fatti, e dalle circoſtanze de' fatti acconciamente tratte, premetto quattro maſſime di Legge.

La prima è queſta. Il dolo, è'l più delle volte una 4

pra-

(a) *Lenic. v.* dolus malus eſt ratio vafra *&c.*

prava disposizion dell' animo diretta ad ingannare, ed a nuocere altrui; ma tal volta, tuttochè cotesta prava disposizion dell'animo non si provi, nel fatto stesso è 'l dolo, senza che si abbia altro a cercare. La massima è del giurisconsulto Ulpiano, che scrive (a): *Ipsa res in se dolum habet.*

5 La seconda è questa. Opera con dolo chi non fa quel, che deve: *In fraudem facere videri eum*, dice il giurisconsulto Paolo (b), *qui non facit, quod debet facere.*

6 La terza è questa. Non si scopre meglio il dolo, che quando in pregiudizio altrui altro si fa, ed altro si finge di fare: *Dolo malo fit*, dicea Pedio appresso Ulpiano (c), *quotiens circumscribendi alterius causſa, aliud agitur, & aliud agi simulatur.*

7 La quarta è questa. E' dolo o 'l troppo diminuire, o 'l troppo esagerar la cosa a danni altrui. *Si mihi persuaseris*, la massima è di Ulpiano (d), *ut repudium remittatem, quasi minus solvendo sit: vel, ut operam servum, quasi melior eo in familia non sit, dico, de dolo dandam actionem.* Si venga ora a' fatti.

Nel dì 2. del mese di Agosto dell'anno 1677. fecesi in Ascoli un *parlamento*, nel qual si conchiuse quella dazione *in solutum*, onde pretendesi, che avesse il Ciamburro acquistate le *mezzane*. E quì voglio io menar buono al venerato Contraddittore quel, che non gli mena buono il mio Collega, e non dovrei nè men io menargli buono. Crede il Contraddittore, che si conchiuse nel suddetto *parlamento* una dazione *in solutum*, per cui si trasferì nel Ciamburro la proprietà delle *mezzane*

(a) *L. si quis quum aliter 36. de verb. oblig.*
(b) *L. in fraudem 4. ff. quae in fraud. cred.*
(c) *L. juris gentium 7. §. 9. ff. de pact.*
(d) *L. si quis 9. ff. de dol. mal.*

zone in estinzione del capitale. Al contrario ha 'l mio Collega chiaramente dimostrato nella sua *Scrittura*, e più chiaramente in parlando in Ruota, che la dazion quivi conchiusa, fu non altro, che un assegnamento di frutti in estinzione delle annualità; ma poi gli Amministratori, d'accordo col Ciamburro, nelle susseguenti scritture la fecero divenire dazione di proprietà. Fingasi dunque, che si fosse in quel *parlamento* da' cittadini conchiuso di trasferirsi nel Ciamburro in soddisfazione del capitale la proprietà delle *mezzane:* quanti furon coloro, che conchiuser così? Al *parlamento* intervennero tre soli de' sei Eletti, e degli altri cittadini soli XLI, quandochè si noveravano di quel tempo in Ascoli CCCLXXXI *fuochi*, vale a dire, intorno a sei mila cittadini. L' essere intervenuta ad un *parlamento* di tanta importanza una sì picciola parte di un sì gran popolo, già comincia a farci entrar nell'animo un qualche sospetto di alcun segreto maneggio, per cui non si fece bene intendere al popolo quel, che nel *parlamento* si aveva a trattare; e di collusione e di connivenza in que' pochi, che vi si fecero intervenire. Comunque fosse andata la cosa, posso, e debbo io presumere il peggio. Mel fa presumere, in virtù della prima massima, il fatto stesso: e mel fa presumere, in virtù della seconda, il non essersi fatto quel, che per Legge si aveva a fare. Perchè si possa istituire 8
un'azione a nome di un Comune, la Legge vuole, che ne sia data la facoltà, *quum duae partes adessent* (a); e per alienare gli stabili del Comune (la qual cosa è molto più grave) come potea bastare, che di 6000. cittadini intervenissero soli 44? Del modo, come si abbia a 9
conchiudere l'alienazione de' beni delle Università, nominatamente si parla in una Costituzione dell' Imp. Leo-

(a) *L. nulli 3. ff. quod cujuscumque Universit.*

ne (*a*). Premette l'Imperadore queſte parole: *Sine ulla fraude ſeu nundinatione, vel colludio ſeu conniventia hujuſmodi venditiones procedant:* indi ſoggiunge: *Praeſentibus omnibus, ſeu plurima parte tam curialium, quam honoratorum, & poſſeſſorum civitatis, ad quam res praedictae pertinent, propoſitis ſacroſanctis ſcripturis, ſigillatim unumquemque eorum, qui convenerint, jubemus ſententiam, quam putet utilem patriae ſuae, deſignare.* E non è coteſta diſpoſizione del Roman dritto od abrogata dalle Leggi del Regno, od ita in diſuſo: Di eſſa, come di una Legge, che nell' alienazione de' beni delle Univerſità ſi abbia appreſſo noi da oſſervare, parlano i noſtri Dottori: e ce ne rende teſtimonianza l' Altimari. Scrivendo egli delle ſolennità dalla Legge richieſte nell' alienazione de' beni delle Univerſità, nel primo luogo pon queſta (*b*): *quod ſint praeſentes omnes cives, & honoratae perſonae, ſive major pars:* anzi, comecchè poſſa a prima giunta parere, che l'obbligo, da Leone impoſto a' cittadini, di giurare, ſia coſa appreſſo noi diſuſata, non l'ha per coſa diſuſata l'Altimari, che, citando, tra' noſtri, il Capecelatro, e l'Odierna, ſoggiunge (*c*): *quod hujusmodi perſonae jurent, ipſam alienationem fore in evidentem utilitatem dictae Univerſitatis:* e dopo di aver parlato di coteſte due, e di alcune altre ſolennità, dice (*d*): *Et adeo ſunt neceſſariae hae ſollemnitates, ut non poſſit illis renuntiari . . . imo, deficientibus illis ſollemnitatibus, adeo eſt nulla venditio, ut emtor teneatur reſtituere rem illam venditam una cum fructibus.*

Si vada ora innanzi. La ſuddetta dazione *in ſolutum,*

(a) *L. ſi quae 3. Cod. de vend. reb. civit. lib. 11.*
(b) *Obſ. ad Rovit. conſil. 64. num. 1.*
(c) *Num. 2.*
(d) *Num. 6. & 7.*

eum, si conchiuse *unanimiter*, *& pari voto*, *ac nemine discrepante*: e si conchiuse non ostante che si sapesse da tutti, che dubbj, e litigiosi erano i crediti del Ciamburro. Nel *parlamento* istesso si disse, ch'era il Ciamburro *solamente tenuto di fargli veri ed esistenti*; e nell'istrumento, che si stipulò poi nel dì 9. del mese di Agosto dell'anno 1678. tra'l Ciamburro, ed uno degli Eletti a nome della Università, con molto maggior chiarezza si confessò, che circa la sussistenza, od insussistenza di que' crediti, *pendea lite nel Regio Collateral Consiglio*; e che perciò riserbavasi l'Università qualunque *ragione ed azione*, ed obbligavasi il Ciamburro *alla restituzione di quello verrebbe legittimamente condannato*. Fal- 11
so, ed empio è 'l sistema di Tommaso Obbes, che dalla guasta natura umana fa nascere il dritto; ma, secondo la guasta natura, troppo è vero quel, ch'e' scrive (*a*), che ciascuno vuol mostrare di soprassapere, ed è perciò sospinto a contendere: e la cotidiana sperienza ci mostra, esser cosa ben rara, che di quattro, o cinque, i quali di una qualche cosa, tuttochè non interessante, ragionino, non ci sia chi contraddica: e di XLIV. venuti in un luogo per trattar di un affare interessantissimo, e di un affare contenente, se non altro, il gran dubbio, se per crediti litigiosi conveniisse di trasferire que' fondi nel dominio del creditore, non dissente nè meno un solo! Ciò non altrimenti può verisimile riuscire, che supponendosi un precedente concerto. Chi è, cui possa parer verisimile, che, se fosse a quel *parlamento* intervenuta la maggiore, e la più sana parte de' cittadini, avrebbe permesso, che in soddisfazione di crediti dubbj, e litigiosi, si fossero nel creditor trasferite quelle due speciose *mezzane* con una semplice riserva di ragioni da sperimentarsi

(a) *De Cive cap.* I. *num.* 2. *&* 5.

contra colui, che con in mano la roba, avrebbe menata in lungo la lite? Giacchè della verità de' crediti si dubitava, e pendea la lite nell' abolito Collaterale, avrebbe la più sana parte de' cittadini consentito in una onesta transazione, per cui si fosse una qualche parte de' crediti rimessa dal Ciamburro alla Universitá, nè sarebbesi mai lasciata indurre a menargli buoni i crediti in tutta la pretesa quantità. Fecesi dunque la *Conclusione* del dì 2. del mese di Agosto per *collusione* e per *connivenza*.

Innanzi ancora. Erasi conchiuso nel *parlamento*, che *si facesse albarano co' Sig. Ciamburro di tutto quello, che nel parlamento si contenea*. Questa è la formola del mandato contenente due cose: l'una, che l'albarano si facesse *co' Ciamburri*: l'altra, che quel solo vi si comprendesse,
12 che *si contenea nel parlamento*. E' 'l mandato di così stretta interpetrazione, che *observandum est in qualitate, & qualibet minima forma*, come, per comun sentimento de' Dottori, parla il Golino (*a*). Nel dì 3. dello stesso mese, ed anno, fecesi l' *albarano*, nel quale si dichiarò, ch' erasi *convenuto tra esse parti*, cioè tra l' Universitá, e 'l Ciamburro, *di assegnare, & in solutum & pro soluto dare, in soddisfazione del d. capitale, le d. mezzane*. Ma si eccedono in due cose i confini del mandato. La prima è questa. Si dice, che cotesta dichiarazione si fa come dai due Deputati della Universitá, Domenico de Benedictis, e Carlo Muscella, così dal Ciamburro: ed è poi sottoscritto l' *albarano* da' suoi Deputati. E come permetton costoro, che nol sottoscriva il Ciamburro, quandochè si era conchiuso nel *parlamento*, che l' *albarano co' Signori Ciamburri* si avesse a fare? Quando nol sottoscriveva il Baron Pietro Ciamburro per se, e per gli altri,

ch'e'

(a) *De procurat. p. 5. cap. 3. num. 6.*

ch' e' rappresentava, non potea dirsi fatto *co' Signori Ciamburri*. E nol volendo sottoscrivere il Ciamburro, perchè 'l sottoscrivono essi contra 'l conchiuso nel *parlamento?* Non potendosi per colpa altrui eseguire nella prescritta forma il mandato, doveano essi soprassedere, e farne intesa l' Università. La seconda cosa è un *patto*, che appongono all' *albarano:* e dove non ci è, nè ci può esser patto, che non si faccia almen tra due parti, il fanno essi soli, che, mancando la sottoscrizion del Ciamburro, una sola ne rappresentano: *Patto*, così essi dicono, *che ottenuto sarà il Regio assenso per convalidare il contratto, sia obbligato il Governo odierno, e futuro, ad ogni semplice richiesta di detti Signori Ciamburri, stipularne pubblico istrumento di detta assignazione, & in solutum dazione.* Nel *parlamento* erasi solamente detto, che impetrato il R. assenso, sarebbesi *colla inserzione di quello fatto l' istrumento necessario:* dell' obbligo, che dai due Deputati s'ingiunse poi al Governo presente, e futuro, di farlo stipulare *ad ogni semplice richiesta de' Sig. Ciamburri*, non vi si era fatto alcun motto. Dunque fecero essi quel, che far non doveano, nè fecero quel, che dovean fare. Dunque, in virtù della seconda massima, furono in dolo: tanto più, che quel, che fecero, e far non doveano; e quel che non fecero, e dovean fare, tutto tornava in pro del Ciamburro, non della Università. Dell' aver essi sottoscritto l' *albarano*, e del non averlo fatto sottoscrivere dal Ciamburro, non so io con sicurezza allegare la ragione. Intendo bene, che se que' due Deputati avessero veramente creduta tanto utile, quanto diceano, che fosse la conchiusa dazione *in solutum*, avrebbon dovuto farlo sottoscrivere dal Ciamburro, perchè restasse obbligato, e si assecurasse quella tanta utilità. Ma 'l vedersi non sottoscritto dal Ciamburro, e ciò non ostante sottoscritto da loro, come cosa non regolare, e del tutto contraria

alla

alla *Concluſione* del giorno antecedente, ci dee far preſumere il peggio, o farci almeno venir nell' animo un nuovo ſoſpetto di *colluſione* e di *connivenza*. Giovava al Ciamburro di non obbligarſi, primachè dalla Univerſità ſi otteneſſe il R. aſſenſo, per potere ſecondo quel, che accadeſſe, riſolvere con libertà di far quello, che più gli conveniſſe; e gli giovava ancora, che vi foſſero quel *parlamento*, e quell' *albarano*, donde, ſe non altro, ſi sarebbon potuti in ogni tempo, e caſo, trarre argomenti dell' avere l' Univerſità, non egli, avuta la premura, che gli ſi deſſero *in ſolutum* quelle *mezzane* per la grande utilità, che ne avrebbe ritratta. Contentomi, che per ora ſia queſto un ſoſpetto. Acquiſterà di quì a poco la forza di una veementiſſima preſunzione di dolo, quando dimoſtrerò la gran premura, che aveva il Ciamburro di condurre a fine la ſuddetta dazione *in ſolutum*. Un altro ſoſpetto ancora di precedente concerto naſce dal patto, onde vollero i Deputati obbligare il Governo a ſtipular l' iſtrumento della dazione *in ſolutum*. Con troppa libertà ſi appongono all' *albarano* nuovi patti in pro del Ciamburro. *A ſemplice richieſta* del Ciamburro eſſer doveva obbligato il Governo di ſtipulare quell' iſtrumento. E perchè, ſe tanto utile era alla Univerſità coteſta dazione *in ſolutum*, non ſi diſſe ancora, come, a ſerbar l' uguaglianza, era da dire, che *a ſemplice richieſta* della Univerſità foſſe il Ciamburro obbligato di ſtipularlo? Si eccedono dai Deputati i confini del mandato, e ſi eccedono con libertà, perchè 'l precedente concerto ſa, che non temeano, che, facendo eſſi il pro del Ciamburro, ci ſia chi ſi opponga.

Ho parlato ſinora di ſoſpetti: e 'l Contraddittore me ne dee ſaper grado. Forti pruove di doloſa premeditazione ſono quelle, che ſoſpetti ho chiamate. Pruove molto più forti, che non poſſo in alcun modo chiamar

ſo-

ſoſpetti, mi ſuggeriſce quel, che ſeguì dappoi. Nel dì 16. dello ſteſſo meſe, ed anno, ſi ſottoſcriſſero dal Sindaco Gianferdinando di Aleſſandro, e dall' Eletto Potito Cautillo alcune *minute*, ſopra cui ſarebbeſi poi ſtipulato l'iſtrumento. Queſte furon ſottoſcritte ancora dal Ciamburro, perchè gli era già riuſcito di ottenere per eſſe quel, che per lo *parlamento*, e per l' *albarano* non aveva ottenuto: ed ecco, che ſi eccedono per la ſeconda volta i confini del mandato, e ſi fa quel, che non era da fare. Nel *parlamento* eraſi data la ſola facoltà di farſi l'*albarano*: di *minute* non ſi era fatta parola. Veggio bene, che ſe in eſſe altro non ſi foſſe contenuto, che quel, che ſi era conchiuſo nel *parlamento*, ſolamente ſe ne trarrebbe un'altra pruova della libertà, di cui uſavano gli Amminiſtratori di quel tempo; ma poichè più coſe in eſſe contengonſi del tutto nuove, e tutte in favor del Ciamburro, chiari argomenti io ne traggo e di troppa libertà, e di sfacciata *colluſione* e *connivenza*. La Divina Provvidenza permiſe, che coteſte non neceſſarie *minute* ſi faceſſero, perchè meglio, che per lo *parlamento*, e per l' *albarano*, ſi ſcopriſſe un giorno per eſſe la *colluſione*, e la *connivenza*, onde fu da que' pochi cittadini la propria patria tradita. Cominciano eſſe dalla ſeguente aſſertiva: *L' Univerſità di queſta Città ſi ritrova vera e liquida debitrice al d. Sign. Barone in annui duc.* 404. *dedotte le bonatenenze per prezzo capitale di ducati* 11000. Gran coſa! Nella *Concluſione* del dì 2. del meſe di Agoſto dell' anno 1677. ſi dice, che doveva il Ciamburro *far veri* i ſuoi crediti, e nelle *minute* ſi danno per *veri*, e per *liquidi*. E notiſi, che la traſcritta aſſertiva non ſi fa da tutte e due le parti, la qual coſa meno intollerabil ſarebbe: ſi fa dai due, che intervengono a nome della Univerſità. Soggiungeſi ancora da eſſi due, che la dazione *in ſolutum* eraſi conchiuſa *mediante*

trat-

trattato di comuni amici.... e che *ridondava in utile evidentissimo della Università:* per le quali parole, si vuol dare ad intendere, che 'l Ciamburro, a preghiere de' comuni amici, avea fatta la grazia alla Università di contentarsi pe' suoi crediti di quelle *mezzane:* e così si fece poi *deporre* da due testimonj, come si dirà più giù. Troppo esagerano i due suddetti Amministratori la fermezza, e la chiarezza de' crediti del Ciamburro: e l' esagerano contraddicendo a quel, che se n'era detto nel *parlamento*. Mostrerassi ancora a suo luogo, che con più sfacciata menzogna esagerano l' utilità, che, contentandosi il Ciamburro delle *mezzane*, ne sarebbe venuta alla Università. E rinnovisi quì la memoria della quarta massima, che chi troppo esagera, è in dolo.

Ma cose più grandi a se mi chiamano. Si dichiaran contenti que' due del prezzo delle *mezzane patteggiato nel parlamento, e nell' albarano:* indi soggiungono, che *dove li territorj predetti*, in solutum *dati e venduti, valessero più del prezzo patteggiato nel parlamento, donano essi tutto il dippiù al detto Barone per titolo di donazione irrevocabile trà vivi:* e perchè questa, come *remuneratoria*, abbia una forza maggiore, dicono di farla *per molti grati servizj ricevuti*. Facoltà di donare non si era data loro nel *parlamento*, e non si potea dar loro. Nè si dica, essere le trascritte parole una delle usate formole de' notai. La formola da' notai usata, è, che valendo o più, o meno la cosa, che si vende, doni come il venditore al compratore, così 'l compratore al venditore quanto o più vale la cosa, o più per essa si paga. E' vero, che cotesto donar, ch'e' fanno, altro non è, che un vano suono di parole; ma ben fa pruova, che basta, dell' esser essi cotanto inchinati a favorire il Ciamburro, che quando non potean donargli roba della Università, gli donavan parole. Avessero almen saputo nascondere altrui co-

testa

teſta tanta lor paſſione. Non era da ſperare. E' n'erano ciechi a ſegno, che, non potendo ignorare, che mancava loro la facoltà di ſtabilir coſa oltre il conchiuſo nel *parlamento*, ſoggiunſero: *E coll' infraſcritti patti ed obblighi, oltre li menzionati nel parlamento, ed albarano:* e tra' nuovi poſero queſto: *Che l' Univerſità, e ſuoi cittadini non poſſano mai pretendere diminuzione di annualità per qualſivoglia caſo inopinato, e per qualſivoglia ordine Regio, che generalmente sbaſſaſſe le annualità dovute dalle Univerſità, atteſo con queſta condizione il d. Sign. Barone accetta queſta aſſegnazione, e non altrimenti.* Riguardava coteſto patto le terze decorſe, le quali anche dopo la dazione *in ſolutum* avrebbe dovuto l' Univerſità pagare. Ma di ciò nulla ſi era detto nel *parlamento:* e trattavaſi di rinunziare a quel, che per pubblico bene ſtabiliſſe nel tempo avvenire il Sovrano. Sì fatta rinunzia non potea farſi nè meno nel *parlamento:* e i dubuoni Amminiſtratori ſi arrogano la poteſtà di farla a nome della Univerſità, che nulla ne ſapea. Fanno eſſi di certo quel, che far non doveano. Dunque in virtù della ſeconda maſſima, più che manifeſto è 'l lor dolo. Tra' nuovi *patti, ed obblighi*, poſero ancora queſt' altro: *Alio pacto, che ſe li loro ſucceſſori voleſſero contravvenire alle coſe predette, e patti contenuti nel preſente iſtrumento, e nella procura da farſi a d. Sign. Pietro per ottenere il R. aſſenſo, tunc & eo caſu, non s' intenda fatto a d. Sign. Pietro pregiudizio alcuno in virtù delle preſenti ragioni, e che forſe avrà eſſo in virtù del parlamento, ed albarano fatto per tal negozio, quia ſic &c.* E' giuſto, che non perda il contraente le ragioni acquiſtate contra l'altro contraente, ſe contravvien queſt' altro alle coſe convenute? Ma perchè ſi prevede il caſo, che contravvengano gli Amminiſtratori della Univerſità di Aſcoli, e non ſi prevede il caſo, che contravvenga il Ciam-

burro? Posto che la dazione *in ſolutum ridondava in utile evidentiſſimo della Univerſità*, come in esse *minute* si dice, era molto più da temere della contravvenzion del Ciamburro, che della contravvenzione degli Amministratori. Perchè dunque si prevede il caso più lontano, e si provvede alla indennità del Ciamburro; e non si prevede il caso più vicino, nè si provvede alla indennità della Universitá? Oltre il nuovo argomento, che quinci si trae della passione, che gli Amministratori di quel tempo nutrivano per lo Barone Ciamburro, altra trama ci è quì. Ben conoscendo, quanto dannosa fosse alla Universitá la concertata dazione *in ſolutum*, forte temeano, che nel restante tempo della loro amministrazione non potesse riuscire al Ciamburro di ottenere il R. assenso, e che succedendo altri più onorati, e zelanti Amministratori non s'intricasse la cosa. Vollero dunque con quella riserva di nuove ragioni dal Ciamburro acquistate per lo *parlamento*, e per l'*albarano*, dar loro una certa suggezione. E non altronde, che dal timore della onoratezza, e del zelo de' loro successori nacque il pensiero di promettere, come nel trascritto patto promisero, al Ciamburro una *procura*, di cui non si era fatta parola nel *parlamento*, perchè, quando conoscesse acconcio il tempo a chieder l'assenso, e' ne potesse usare senza farne saper nulla a' futuri Amministratori, che gliel' avrebbon forse negata. E non la *procura* sola gli dieder, ma una giurata *fede* ancora della scarsa rendita delle *mezzane*, e della evidente utilità, che avrebbe l' Universitá ritratta dalla suddetta dazione *in ſolutum*. E cotesta *procura*, che volle il Ciamburro farsi promettere, e la *procura*, e la *fede*, che si fece poi dare dai due Amministratori, come ci fan conoscere la premura, che avea di acquistar le *mezzane* della Universitá, così ci fanno ora intendere, perchè non sottoscrisse l'*albarano*, e fece poi di-

re

re nelle *minute*, che *veri*, e *liquidi* erano i ſuoi crediti: che *molti grati ſervizj* avea fatti alla Univerſità; e che a preghiere *de' comuni amici*, di quelle *mezzane* ſi contentava. Non ſottoſcriſſe l' *albarano*, e tante belle coſe fece dire nelle *minute* de' ſuoi crediti, e della ſua generoſità, perchè ſchivo moſtrandoſi di ciò, che ardentemente deſiderava, non ſi ſarebbero i cittadini di Aſcoli accorti del grave danno, che per quella dazione *in ſolutum* avrebbon ſofferto. Ed ecco come in virtù della terza maſſima, per un nuovo argomento ſi ſcopre il dolo.

Finalmente nel dì 27. del meſe di Luglio del ſeguente anno 1678. ſi ricorſe all' abolito Collateral Conſiglio per ottenere il R. aſſenſo. Primachè ſi vada più in là, ſi noti, che nel dì 2, nel dì 3, e nel dì 16. del meſe di Agoſto dell'anno 1677. ſi fecero in Aſcoli per la dazione *in ſolutum* delle *mezzane* il *parlamento*, l' *albarano*, e le *minute*. Quante, e quanto gravi coſe in sì poco tempo ſi fecero! Non potean farſi con maggior fretta. Si ricorſe poi al Vicerè per l'aſſenſo nel dì 27 del meſe di Luglio dell' anno 1678, quaſi un anno dopo. Troppo indugio per una coſa ſola, e, poſto l'*utile evidentiſſimo della Univerſità*, di facile, e felice riuſcita. E perchè dopo tanta fretta, tanto s' indugia? Perchè ſi teme (nè può tanto indugio, dopo tanta fretta, ſpiegarſi altrimenti) che non ſi ottenga l' aſſenſo, ed aſſi a cogliere un momento, in cui anche i più deſtri Reggenti del Collaterale ſonnacchino, come, a giudizio di Orazio, ſonnacchiò talvolta il buon Omero. E perchè tanto ſi teme, ſe *evidentiſſimo* è l' *utile della Univerſità?* Coteſto indugio, e coteſto timore, debbon valere per una tacita confeſſione, che dal Ciamburro ſi fa del graviſſimo danno della Univerſità. Si torni ora al ricorſo del dì 27. del meſe di Luglio dell' anno 1678. Formato è l memoriale a nome della Univerſità,

ma non è ſottoſcritto da perſona, che la rappreſenti: e, riepilogandoſi in eſſo il tenore del *parlamento*, vi ſi eſagera quel, che non era da eſagerare, e vi ſi omette quel, che da ometter non era. Vi ſi eſagera la utilità, che dalla dazione *in ſolutum* delle dette *mezzane* avrebbe l' Univerſità ritratta, liberandoſi dal pagamento degli annui ducati 404. dovuti al Ciamburro, quandochè da *quelle, volendoſi affittare, non ne ricavava più di ducati* 250. *l' anno in circa:* il che quanto ſia falſo, comecchè non poſſa dimoſtrarſi per gli affitti de' tempi viciniſſimi, perchè non ſe n' è potuto ritrovare alcuno; ben ſi può veriſimilmente raccorre dagli affitti, che ſi ſono trovati de' tempi non molto lontani. Nel *parlamento*, nell' *albarano*, nelle *minute*, e nel *memoriale* iſteſſo dato per l' aſſenſo, che ſono degli anni *1677*, e *1678*. alle *terre forti*, ſi diè 'l frutto di duc. 20, ed alle *annicchiariche* di duc. 13 al carro: e negli anni *1696*, e *1697*. quella parte della *mezzana grande*, che reſtò alla Univerſità, fu data a fitto per duc. 60, 63, 70, e 90. al carro. Com' è veriſimile, che nel corſo di ſoli 18. anni ne creſceſſe la rendita da 20, anzi da 13. a 60, 63, 70, e 90. ducati? Le notizie, che ci ha fatte l' uſo del foro acquiſtare degli aumenti, che ne' prezzi, e nelle rendite anno dal tempo ricevuti tutti i fondi del Regno, non ci faranno mai credere, che ce ne ſia ſtato ſol uno, il quale nello ſpazio di 30. o 40, non che di 18. anni, ſieſi di tanto accreſciuto. E queſto è quel, che ſi eſagera. Diceſi poi, che *trovavaſi l' Univerſità debitrice al Ciamburro in duc.* 11000 *di capitale;* ma non ſi dice quel, che ſi diſſe poi nell' iſtrumento del dì 9. del meſe di Agoſto, che circa la ſuſſiſtenza, od inſuſſiſtenza di eſſi, *pendea la lite nel R. Collateral Conſiglio*. A' traditori della patria poco, o nulla importava, che ciò ſi diceſſe nell' iſtrumento, che non ſi aveva a preſentare al

Ma-

Magiſtrato: importava loro, che non ſi diceſſe nel *memoriale*, perchè loro importava, che al Magiſtrato ſi naſcondeſſe una sì gran circoſtanza, la quale avrebbe fatto ſoſpendere qualunque aſſenſo fino a tanto che ſi foſſe giudicato della ſuſſiſtenza, od inſuſſiſtenza de' crediti. E queſto è quel, che ſi omette. Se non ſi foſſe eſagerata la tenuità della rendita delle *mezzane*, e non ſi foſſe taciuta la qualità de' crediti del Ciamburro, qual Magiſtrato avrebbe permeſſo, che per un credito dubbio, e litigioſo, ſi deſſe al creditore *in ſolutum* la roba del debitore; onde aveſſe colui il vantaggio di litigare colla roba in mano? Che non l' avrebbe il Collaterale certamente permeſſo, ſi prova per quel, che ſeguì. Tuttochè ſi foſſe nel memoriale eſagerata cotanto la tenuità di quelle rendite, e ſi foſſe taciuto, che dubbio, e litigioſo era il debito della Univerſità, non permiſe il Collaterale l' alienazione delle *mezzane*, e ſolamente permiſe, che ſe ne aſſegnaſſe il frutto a' venditori per anni nove. La provvida cura del Magiſtrato ruppe allora il reo diſegno del Ciamburro, e di que' pochi cittadini, ch' era a colui riuſcito di ſedurre.

Ma gli argomenti più grandi del dolo, onde ſi procurò di ſpogliare, e fu poi ſpogliata in fatti di ſue *mezzane* l' Univerſità, ſono nell' iſtrumento, che, ottenuto l' aſſenſo ſopra 'l ſemplice temporario aſſegnamento di frutti, ſi ſtipulò poi nel dì 9. del meſe di Agoſto tra 'l ſolo Potito Cautillo Eletto della Univerſità (perchè 'l Sindaco Gianſerdinando di Aleſſandro era in quel tempo ſcomunicato) e 'l Barone Ciamburro. Il primo è l' eſſerſi ben volentieri contentato il Ciamburro di coteſto temporario aſſegnamento. A lui ſi doveano annui duc. 404, e nel memoriale della Univerſità ſi dice, che *affittandoſi le mezzane non ſe ne ricavava più di duc.* 250. *l' anno*. Poſto che ſe ne foſſe nel Ciamburro traſferito il dominio,

nio, potrebbe intenderſi, perchè ſi foſſe colui contentato di ricevere, in ſoddisfazione di annui 404, un fondo della rendita di annui 250. Avrebbe potuto credere eſſer meglio avere in proprietà quel fondo di minor rendita, la qual potea colla induſtria farſi maggiore, che avere per debitrice una Univerſità. Ma chi è, che poſſa intendere, come ſi foſſe contentato il Ciamburro di un temporario aſſegnamento di ſemplici frutti colla perdita di annui 154. ducati? Nè mi ſi dica, che forſe l'aſſegnamento de' frutti ſi fece a conto degli annui 404. Se ciò foſſe vero, ſarebbeſi nell' iſtrumento taſſata la quantità, per la quale aſſegnavanſi i frutti, e ſarebbeſi provveduto in qualche modo alla indennità del creditore: ſe ne ſarebbe almeno fatto alcun motto. Motto non ſe ne fece, e ſolamente ſi diſſe: *E' ſtato tra eſſe parti convenuto, che* pro nunc *il preſente iſtrumento, albarano, e minute, abbiano il loro debito effetto, ſervata la forma del ſopraddetto R. aſſenſo.* Dunque ſi aſſegnaron gli annui frutti delle *mezzane* in compenſo di tutta l'annualità. Dunque dal Ciamburro, e dall' Eletto Cautillo, non ſi volle a bello ſtudio parlare della vera quantità de' frutti, perchè non ſe ne ſcopriſſe la vera quantità. Dunque i frutti eran maggiori dell'annualità di duc. 404, od almeno la pareggiavano. Ciò ſi conferma per quel, che ſeguì. Nell' anno 1685. riuſcì finalmente al Ciamburro di ottenere il R. aſſenſo ſulla dazione *in ſolutum* della proprietà delle mezzane. Era quello il tempo da fare i conti colla Univerſità de'frutti per ſette anni ritratti dalle *mezzane*, e della maggior quantità delle annualità decorſe. Non ſi fece alcun conto: anzi i teſtimonj dal Ciamburro prodotti nella G. Corte per ottenere il decreto di *expedit*, parlando dell' aſſegnamento, che ſi era già fatto al Ciamburro, chiaramente dicono, che la Città *colla eſtinzione degli annui* 550. (i quali, dedotta la bonatenenza, reſtavan 404.)

404.) *ſe ne trovava aſſai di utile, per eſſere che ſi trovava quaſi in corrente a riguardo degli altri intereſſati.*

Il ſecondo argomento, è l' eſſerſi ecceduti i confini di quel mandato, onde a nome delle Univerſità contraggono i coſtoro Amminiſtratori, e i confini ancora nel decreto dell'aſſenſo preſcritti. Se ſi foſſe proceduto a buona fede, farebbeſi non altro fatto, che ſtipular l' iſtrumento: nè poteva altro farſi per Legge. Così non ſi fece. Appunto perchè non eraſi ottenuto, qual ſi era chieſto, l'aſſenſo, s'inſerirono nell'iſtrumento, oltre il *parlamento*, e l'*albarano*, ancora le *minute*, nelle quali faceaſi, come ſi è dimoſtrato, il ſolo pro del Ciamburro; e dopo di eſſerſi detto, che s'intendea di ſtipular l'iſtrumento a tenor dell' aſſenſo, ſi ſoggiunſe: *Concedendo il detto Potito al detto Signor Barone libera facoltà di ottenere ed impetrare nuovo R. aſſenſo per la totale* in ſolutum *dazione di dette mezzane, e le preinſerte minute, albarano, parlamento, e concluſione, ſortiſcano il loro debito effetto ſenza altre ſtipule, e ſolennità; ed in caſo che vi biſognaſſe ratifica, o altra ſcrittura concernente a queſto fatto, il detto Potito, nel nome come di ſopra, promette e ſi obbliga farle: e per ottenere il detto nuovo aſſenſo dà e concede al detto Barone libera, e plenaria poteſtà di poterlo impetrare toties quoties; e per l' effetto predetto coſtituiſce procuratore il detto Barone colla poteſtà di ſuſtituire*. E come poteva il ſolo Cautillo tante facoltà concedergli a nome della Univerſità, che nulla ne ſapeva? Eſſendoſi l' aſſenſo riſtretto ad un ſemplice aſſegnamento di frutti per ſoli anni nove, il qual caſo non eraſi nel *parlamento* preveduto da' cittadini; perchè ſi poteſſero tante facoltà dare al Ciamburro, era uopo, che gli ſi deſſero per un ſecondo *parlamento*. Il primo, come non confermato, anzi come diſtrutto dall' abolito Collaterale, più non valeva: e quando ancora valeſſe,

non

non ſi diceva in eſſo quel, che poi osò di dire il ſolo Cautillo, che ottenuto il nuovo aſſenſo, *ſortiſſe la totale in ſolutum dazione il ſuo debito effetto SENZA ALTRE STIPULE, E SOLENNITA':* anzi vi ſi diceva il contrario, cioè, che s'impetraſſe *il R. aſſenſo, E POI colla inſerzione di quello ſi faceſſe l'iſtrumento neceſſario, nel quale ſi aveſſero da ſtendere le reciproche cautele a conſiglio de' Savj.* Si arroga il Cautillo l'autorità *nel caſo, che vi biſognaſſe ratifica, o ſcrittura*, di *farle* a nome
13 della Univerſità. Trattandoſi di *ſcritture*, o di *ratifiche*, in virtù di cui alienavanſi beni ſtabili della Univerſità, col ſemplice carattere di Eletto, e ſenza ſpezial mandato della Univerſità, non potea farle (*a*): molto meno le potea fare ſenza quel carattere. Ma poichè le dette *ſcritture*, o *ratifiche* ſi promettono dopo impetrato il nuovo aſſenſo, il quale non potea ſaperſi quando ſi ſarebbe impetrato; avrebbe avuto il Cautillo a ſapere, che ſarebbe ſtato anche allora Eletto della Univerſità. Final-
14 mente non poteva il Cautillo arrogarſi la facoltà non data a lui da' cittadini di dare al Ciamburro *la libera, e plenaria poteſtà d'impetrare il nuovo aſſenſo*, e coſtituirlo per l'*effetto ſuddetto procuratore* della Univerſità. Per ciaſcuna di coteſte coſe, non baſtava il carattere di Eletto, ma ſpezial mandato ſi richiedeva (*b*): e poi, quando ſi aveſſe avuto a chiedere il nuovo aſſenſo, l'antico *parlamento* dell'anno 1677. non ſarebbe baſtato. Quel, che a' cittadini era piaciuto in un tempo, poteva in altro tempo non piacere: e quel, che in un tempo era utile, poteva in altro tempo eſſer dannoſo. Secondochè variano le circoſtanze, variano i giudizj umani. Dunque un

ſe-

(a) *Golin. de procur. p. 2. c. 4. num... & Carol. Ant. de Luc. ad dict. Golin. part. 2. cap. 5. num. 19.*

(b) *Golin. de procur. p. 2. c. 5. n. 65, 66 &c.*

ſecondo *parlamento* ſi ſarebbe dovuto fare. Ma 'l Ciamburro, il Cautillo, e gli altri, che amministravano in quell'anno l'Univerſità, nulla più temeano, che un ſecondo *parlamento:* onde poſero ogni opera, perchè ſenza di eſſo riuſciſſe la coſa. Perchè dunque poteſſe in qualunque tempo ſaperſi, che la volontà de' cittadini era ſtata, che nel Ciamburro ſi trasferiſſe la piena proprietà delle *mezzane*, s' inſerirono nell'iſtrumento la *concluſion* fatta nel *parlamento*, l' *albarano*, e le *minute*; e perchè non ſi aveſſe a fare un nuovo *parlamento*, ſi diedero nell' iſtrumento al Ciamburro quelle facoltà, che non gli ſi potean dare, e di cui non poteva egli uſare. Dunque feceſi in quell'iſtrumento più di quel, che ſi era nel *parlamento* conchiuſo di fare: e queſto è dolo, ch' è nella coſa iſteſſa: *In re eſt dolus*, dice Andrea Alciati (*a*), *quoties plus promiſſum eſt, quam fuerat in tractatu concluſum*. Dunque non feceſi quel, che ſi doveva: e queſto, per la ſeconda ſoprallegata maſſima, è dolo ancora. 15

Nell'anno 1685, vale a dire due anni prima, che paſſaſſero i 9. anni preſcritti dal Collaterale, riuſcì loro il diſegno. Nel dì 12. del meſe di Settembre ſi recitò nel Collaterale un memoriale dato dal Ciamburro a nome della Univerſità, che nulla potea ſaperne. Si riepilogarono in eſſo le coſe contenute nel *parlamento*, nell' *albarano*, nelle *minute*, e nell'*iſtrumento*; e 'l nuovo aſſenſo ſi chieſe ſulla dazione *in ſolutum* della proprietà delle *mezzane:* e dal Collaterale ſi fece decreto: *M. C. V. provideat de decreto ſi expedit, ut provideri poſſit de aſſenſu*. Ma coteſto decreto per doloſe reticenze ſi ottenne. Nel memoriale ſi diſſe, che ſi era fatta *Concluſione* di darſi *in ſolutum* al Ciamburro la proprietà del-

(a) *In L. ſi quis quum aliter 36. de verb. obl. num.* 12.

le mezzane: che 'l Vicerè per un ſemplice aſſegnamento di ſoli 9. anni avea conceduto l' aſſenſo; e che coſa molto utile alla Univerſità ſarebbe ſtata l' eſeguirſi quella *Concluſione*; ma ſi tacque la importantiſſima circoſtanza del tempo, in cui quella *Concluſion* ſi era fatta. Se ſi foſſe detto, che volgeva il ſettimo anno dal dì di quella *Concluſione*, avrebbe il Vicerè conoſciuta la neceſſità di un nuovo *parlamento*. Oltracciò ſi diſſe nel memoriale, che avendo il Vicerè dato l' aſſenſo *per nove anni ſolamente*, così *ſi ſtipulò l' iſtrumento*, ſe non che vi ſi appoſe *eſpreſſo patto di ſupplicarlo per il ſuo R. aſſenſo libero ſenza limitazione di tempo ſopra l'* in ſolutum *dazione di dette mezzane*; ma non ſi diſſe, come, e da chi ſi era appoſto quel patto: non ſi diſſe, ch' eraſi appoſto dal ſolo Potito Cautillo ſenza nuovo *parlamento*, e nulla ſapendone l' Univerſità. Queſta, e quella circoſtanza non eran circoſtanze da eſſer taciute. Chi non intende, che, ſe la circoſtanza del tempo, in cui eraſi fatta quella *Concluſione*, e la circoſtanza dell' eſſerſi appoſto quel patto per la privata autorità del Cautillo, ſi foſſero eſpreſſe, o non avrebbe il Collaterale interpoſto quel decreto, o più difficilmente l' avrebbe interpoſto, e che in vece di quello avrebbe ordinato un nuovo *par-*
16 *lamento?* E chi non sa, che vizia il reſcritto quel, che, ſe ſi foſſe eſpreſſo, o in niun modo, o più difficilmente l' avrebbe fatto venir fuora (a)?

Si vegga ora quel, che feceſi nella G. Corte. Con quelle arti, onde il decreto del Collaterale ſi ottenne, con quelle iſteſſe ſi ottenne ancora il decreto della G. Corte. Sedeva allora nella G. Corte il Giudice Guaſco, uomo aſſai facile, ed arrendevole. A coſtui ſi ricorſe: ed ecco come la coſa felicemente riuſcì. Nel dì 22. dello ſteſſo

(a) *Cap. ſuper litteris 20. de reſcript. & ibi DD.*

ſteſſo meſe ſi produſſero due teſtimonj, Donatantonio della Torre, che non ſapea ſcrivere, e Carlo del Vecchio, che ſcriveva appena il ſuo nome: e coſtoro, aſſerendoſi *Aſcolani commoranti in Napoli*, depoſero colle medeſime parole, come ſe tutti e due ſe le aveſſero mandate a memoria, che le *mezzane non ſi poteano affittare più che duc.* 250. *l'anno*, e che perciò la detta *in ſolutum* dazione utiliſſima riuſciva alla Univerſità. Notiſi quì, ch' e' deponendo *de cauſa ſcientiae*, dicono, tra le altre coſe, che l'*Univerſità vedendo, che le mezzane ſuddette non le rendeano conto, avea pregato, e fatto pregare il Sig. Pietro Ciamburro, acciò ſi foſſe compiaciuto pigliarſele per l' annui duc.* 550., *e fra gli altri ne l' avea pregato l' Ill. Sig. Conte di Potenza, in quel tempo affittatore di Aſcoli:* e che 'l *d. Sig. Pietro ſe le pigliava tanto per compiacere al detto Ill. Conte, quanto a detti vaſſalli di detta Città.* Non allegano eſſi alcuna cauſa della ſcienza di coteſte preghiere porte, e fatte porgere al Ciamburro, e della coſtui gentil condeſcendenza: ed al contrario, l'eſſerſi ben volentieri contentato il Ciamburro di un ſemplice temporario aſſegnamento di ſoli frutti in compenſo di annualità di molto maggior ſomma: l'averſi fatta dare dal Cautillo la facoltà di ricorrere a nome della Univerſità per ottenere dal Collaterale il nuovo aſſenſo; e l' eſſere a di lei nome ricorſo due anni prima, che i nove anni paſſaſſero, debbono a chicchеſſia far credere, ch' era il Ciamburro in iſtato anzi di pregare, che di eſſer pregato. Che che ſia di ciò, la G. Corte, in un affare tanto importante, in vece di ordinare, ch' eſſendo corſi otto anni dal tempo del primo *parlamento*, un altro ſe ne faceſſe; nel dì 19. del meſe di Novembre, ſulla ſola fede di que' due teſtimonj, interpoſe il decreto *quod expedit*, in viſta del quale ſi diè poi nel dì 27. dal Collaterale l'aſſenſo. E pure di coteſto decreto della G. Corte ben

potrebbe alcun mal ſoſpetto entrarci nell' animo, concioſiachè veggaſi ſottoſcritto dal ſolo Giudice Guaſco: ed a non farcene dubitare, non baſta il vederſene fatta menzione nel decreto del Collaterale, dove nel tempo della *lettura* ſi sa, che non ſempre ſi eſaminavano colla debita accuratezza le coſe. Ma od al ſolo Giudice Guaſco, od alla G. Corte, ſia eſſo da attribuirſi, non fu certamente interpoſto, come ſi doveva interporre. Dunque, per la prima delle quattro ſoprarrecate maſſime, il fatto iſteſſo fa pruova del dolo: e, per la ſeconda, ne fa pruova il non eſſerſi fatto quel, che ſi dovea.

Reſta, che i ſapientiſſimi Giudici della preſente cauſa conſiderino unite, come ſi conviene, le molte congetture, che da' narrati fatti mi è riuſcito di trarre: ed avranno per fermo, che 'l Ciamburro non acquiſtò mai il dominio delle *mezzane* per difetto di buona fede.

§. II.

Il Ciamburro non acquiſtò mai il dominio delle mezzane *per difetto di ſolennità.*

17 TRa le ſolennità, ſenza le quali nulle ſono le alienazioni de' beni delle Univerſità, è l' aſſenſo del Principe (*a*): nè può vero aſſenſo chiamarſi quel, che *ſurrettiziamente*, od *orrettiziamente* ſi ottiene, perchè nell' uno, e nell' altro caſo ſi fa cadere il Principe in errore:
18 e dove è errore, quivi non è conſenſo (*b*). Or l' aſſenſo, che ottenne il Ciamburro ſulla dazione *in ſolutum* della

(a) *Pr.* 18. *de adm. univ.*

(b) *L. ſi per errorem* 15. *de jurisdict. L. nihil* 116. §. 2. *de reg. jur.*

della proprietà delle *mezzane*, gli fu dato dal Principe per errore. Si è provato, ch' e' tacque nel memoriale quel, che non era da tacere, e quel, che, se si fosse espresso, o non gli avrebbe fatto ottenere l'assenso, o gliel'avrebbe fatto più difficilmente ottenere. Alle cose quivi dette, si aggiunga, che tacque ancora il Ciamburro, che di quel memoriale nulla sapea l'Università: che l'aveva egli a di lei nome formato; e che gliene avea data la facoltà non la Università, che potea dargliela in pubblico *parlamento*, ma 'l solo Cautillo Eletto non di quell'anno, ma dell'anno 1678.

Che se non per errore avesse il Principe conceduto l'assenso, questo, per altre ragioni ancora, non sarebbe valuto per nulla. In vista del decreto della G. Corte, disse il Vicerè: *Liceat, & licitum sit dictae Universitati*, di dare *in solutum* le *mezzane* al Ciamburro, e prestò l'autorità sua *super cautelis pro effectu praedicto celebratis, sive celebrandis*. Dunque, perchè valesse l'assenso, era necessario, che o si fosse prima celebrato il contratto della *in solutum* dazione, o si celebrasse dappoi, ben potendo l'assenso precedere, e susseguire il contratto. Senza il contratto, l'assenso è un nulla, conciosiachè sia l'assenso non già un atto, che sta da se, ma un atto confermante il contratto. Or quanto è certo, che tra 'l Ciamburro, e l'Università non vi fu contratto dopo l'assenso, altrettanto è certo, che prima non v'era. Nè giova ricorrere al contratto del dì 9. del mese di Agosto dell'anno 1678, nel qual dì si stipulò tra 'l Cautillo, e 'l Ciamburro l'istrumento della dazione *in solutum*; poichè quanto in quell'istrumento si fece, tutto fu nullo. Nell'istrumento di quel dì, si fecero due contratti, l'uno puro, l'altro condizionato. Il puro fu l'assegnamento de' frutti per anni nove a tenore del R. assenso, che già si era ottenuto: il condizionato fu la dazione *in so-*

lu-

lutum della proprietà delle *mezzane*, caso che si ottenesse il nuovo assenso. Pretendo ora io, che nè 'l primo, nè 'l secondo contratto fu valido per difetto della volontà di uno de' contraenti, perchè si fecero tutti e due tra 'l Ciamburro, e 'l Cautillo, non tra 'l Ciamburro, e l' Università, ch' erano i soli contraenti. Avea l' Università spiegata la volontà sua nel *parlamento* del dì 2. del mese di Agosto dell'anno 1677. Dice il Duca d'Ascoli, che la volontà spiegata in quel *parlamento* dalla Università fu, che si desse *in solutum* la proprietà delle *mezzane*, e si estinguesse del tutto il suo debito, non già, che se ne assegnassero a certo tempo i frutti: ed io, come da principio ho detto, non gliel contendo. Dunque (vegga egli, qual conseguenza quinci si tragga) dappoicchè piacque al Principe, che i frutti delle *mezzane* si assegnassero a certo tempo, non già, che si dessero esse *mezzane in solutum*, nullo fu quel *parlamento*, nulla fu quella
19 volontà. E' l' Università un pupillo, e 'l suo tutore è 'l Principe: e se 'l pupillo aliena senza l'autorità del tutore, nulla è la di lui volontà, nulla è l'alienazione (*a*). Consentendo poi il Principe nell' assegnamento temporario de' frutti, dovea farsi un nuovo *parlamento*, in cui dalla Università si spiegasse la nuova sua volontà. L'
20 autorità del tutore è non altro, che un' approvazione, ed una conferma dell'atto del pupillo (*b*), seguentemente suppone, che l' atto del pupillo ci sia. E comecchè
21 talvolta i tutori spediscano essi l'atto, nondimeno è ciò vero nel caso, che sieno i pupilli o assenti, o non usciti ancora dall' infanzia: quandochè poi presenti sieno, e maggiori degli anni sette, prestano all'atto la loro au-

to-

(a) *L. 9. pr. & §. 1. de auct. tut.*, *& §. 2. Inst. quib alien. licet.*

(b) *L. 3. de auct. tut.*

torità, come insegna Ulpiano (*a*) : e questa seconda cosa fa sempre il Principe, quando concede l' assenso; onde è nato quel comun detto, non esser l' assenso un atto, che stia da se. Era dunque necessario, che vi fosse l'atto della Universitá, cioè, che in un secondo *parlamento* deliberasse di assegnare al Ciamburro per nove anni i frutti delle *mezzane:* tanto più, che non la obbligava il Principe a farlo, ma semplicemente gliel permettea per quelle parole, *Liceat & licitum sit :* e ben poteva ella non farlo, e ne avrebbe forse avuto motivo: e quel motivo appunto, che, quando dal Ciamburro a di lei nome si chiese il nuovo assenso sulla dazione *in solutum* della proprietà, fu nel memoriale espresso così : *L' in solutum dazione di dette* mezzane, *ridonda in evidente utilità di essa supplicante, atteso con detto assegnamento contratto per nove anni, non applicano detti creditori* (cioè Pietro, Giambatista, e Giuseppe Ciamburro) *alla coltivazione di quelle, e più tosto vanno in deteriorazione in danno della supplicante.* Dunque, poichè 'l farsi quell' assegnamento di frutti dal Vicerè, si permise *dictae Universitati*, e nol fece l' Universitá, ma 'l solo Cautillo il fece senza la di lei volontà, nullo fu'l primo contratto puro risguardante l' assegnamento de' frutti. Lo stesso è da dire del secondo contratto condizionato risguardante la dazione *in solutum* della proprietà. Questo ancora, come si è dimostrato, fu fatto senza la volontà della Universitá dal solo Cautillo per le seguenti parole: *Concedendo al detto Signor Barone libera facoltà di ottenere, ed impetrare nuovo R. assenso per la totale in solutum dazione di dette mezzane, quale ottenuto, ex nunc pro tunc s' intendano assegnati in tutto, & in solutum dati li territorj, e mezzane predette, e le preinserte minute, albarano,*

(a) *L.* 1. §. 2. *de adm. tut.*

rano, parlamento, e concluſione, ſortiſcano il loro debito effetto ſenz' altre ſtipule, e ſolennità. Nè queſto ſecondo contratto potea ricever forza dalla precedente volontà ſpiegata dalla Univerſità nel *parlamento* del dì 2. del meſe di Agoſto dell'anno 1677; tra perchè coteſta volontà era ſtata già, come ſi è detto, annullata dal Principe, che avea negato l'aſſenſo alla *totale in ſolutum dazione;* tra ancora, perchè 'l ſecondo contratto fatto dal Cautillo, non era conforme alla volontà della Univerſità ſpiegata in quel *parlamento*. Volle il Cautillo, che ottenuto l'aſſenſo, ſi aveſſe per già perfezionata la *totale in ſolutum dazione:* al contrario avea nel *parlamento* voluto l'Univerſità, che *s'impetraſſe il R. aſſenſo, e POI coll'inſerzione di quello ſi faceſſe l'iſtrumento, nel quale ſi aveſſero a ſtendere le reciproche cautele A CONSIGLIO DE' SAVJ, alli quali SI DAREBBE LA FACOLTA' neceſſaria.* Volea l'Univerſità, dopo ottenuto ancora l'aſſenſo, altro tempo a deliberare: e queſto le tolſe il Cautillo. Volea l'Univerſità, dopo ottenuto ancora l'aſſenſo, aver la libertà di disvolere la voluta dazione *in ſolutum;* libertà, che non le toglieva l'aſſenſo: e queſta le tolſe il Cautillo. Volea l'Univerſità, che nell'iſtrumento *ſi ſtendeſſero le cautele a conſiglio de' Savj*, e ſenza alcun conſiglio le diſteſe a ſuo capriccio il Cautillo. E ſi vuol quì notare, ch'effendoſi in quel *parlamento* conchiuſo di farſi due ſcritture, cioè l'albarano, primachè l'aſſenſo ſi otteneſſe, e l'iſtrumento, dappoichè ſi foſſe ottenuto, ſi deſtinarono nominatamente le perſone, che ſtender doveano l'albarano, non le perſone de' *Savj*, che ſtender doveſſero l'iſtrumento: e non ſolo non vi furon queſte deſtinate, ma nè meno ſi diè agli Eletti la facoltà di deſtinarle: onde ſegue, che l'Univerſità ne riſerbò a ſe la deſtinazione, per la quale aveva a
22 farſi un nuovo *parlamento*. Ed ecco, che come tra 'l

Ciam-

Ciamburro, e l'Univerſità non vi fu contratto dopo l'aſſenſo, così non vi fu prima, e che perciò nulla poteva operare l'aſſenſo, che ſuppone il contratto: e che anche nel caſo, che'l tenor del contratto nel memoriale diſtintamente ſi eſponga, come nol prova, così non l'induce, per le ragioni, che ſottilmente ne reca l'accuratiſſimo noſtro Giuſeppe de Roſa (*a*).

Ma'l più gran difetto di ſolennità, ci vien ſuggerito dalla *Prammatica* 18. *de adminiſtratione Univerſitatum.* Le alienazioni de' beni delle Univerſità, ſi ſono ſempre conſiderate, come uno de' più importanti affari dello Stato. Varie provvidenze dintorno a ciò ſi eran date prima dell'anno 1650. Una nuova in quell'anno ne diè la ſopraccitata *Prammatica*, per le ſeguenti parole: *Item ordiniamo, che non ſolo non ſi poſſano vendere, o impegnare le gabelle impoſte, e imponende, e le bonatenenze, ed altri corpi, ma nè anche ſi poſſano vendere, alienare, o impegnare qualſivogliano altri beni dell' Univerſità per niuna cauſa, benchè urgentiſſima, nè tampoco per ſoddisfare i pagamenti fiſcali ſenza eſpreſſa permiſſione, e diſpenſa particolare noſtra per Collaterale con eſpreſſa derogazione della preſente, e ſotto pena di nullità del contratto, e perdita del danaro a riſpetto del compratore, e di altrettanta quantità a riſpetto del governo, che farà detto contratto; e che dette gabelle, bonatenenze, corpi, ed altri beni s'intendano,* ipſo facto, *reintegrati; e con effetto ſi debbano reintegrare in potere dell'Univerſità.* A confermare il contratto, 23
onde ſi alienano i beni della Univerſità, non baſta il R. aſſenſo: è ancora neceſſario, che nel decreto dell'aſſenſo ſi deroghi nominatamente alla ſuddetta *Pr.* 18. Se altro la *Prammatica* non diceſſe, pur ne ſeguirebbe per Legge, che, dandoſi l'aſſenſo ſenza derogarſi alla *Prammatica*, nullo

(a) *Conſult.* 59. *a num.* 42.

ſarebbe il contratto, e nullo l'aſſenſo (*a*); ma la *Prammatica*, a torre il dubbio, che la ſottigliezza di qualche interpetre ha ſparſo dintorno a ciò (*b*), ſoggiunge eſpreſſamente la *pena della nullità del contratto*, della quale è conſeguenza la nullità dell' aſſenſo. Nè mi ſi dica, ch' eſſendo da preſumere, che abbia il Principe preſenti le Leggi, col dar l' aſſenſo tacitamente deroga alla *Prammatica*: e che la ſteſſa è la forza del tacito, che dell' eſpreſſo; poichè ciò è vero, quando non abbia il Principe iſteſſo voluto, ch' *eſpreſſamente* ſi derogaſſe: tanto più, che nel caſo noſtro non ſi contentò di una derogazion generale; ma diſſe, *con ESPRESSA derogazione della PRESENTE*, cioè, di eſſa *Prammatica* 18: onde aſſi queſta a nominare. A confermazione di ciò, ſi noti, che la *Prammatica*, prima delle parole, *con eſpreſſa derogazione della preſente*, avea detto, *ſenza eſpreſſa permiſſione e diſpenſa*, uſando due volte nello ſteſſo periodo la voce *ESPRESSA*. Or ſiccome queſta, riferendoſi alla *permiſſione*, eſclude l'aſſenſo tacito, così, riferendoſi alla *derogazione*, eſclude ancora la tacita. Non altrimenti fu dal S. Conſiglio interpetrata la traſcritta particella di coteſta *Prammatica* nella cauſa della Univerſità del Borgo deciſa nel dì 18. del meſe di Aprile dell' anno 1689. *Nulla fuit habita ratio*, così ce ne rende teſtimonianza Carlo di Aleſſio (*c*), *de decreto R. aſſenſus, quod dicebatur fuiſſe obtentum ſuper contractu praedicto, ex qua non continebat clauſulam derogatoriam, juxta tenorem d. Pragm. 18. §. item ordiniamo, ubi requiritur individualis derogatio.* Chi è ora, che, ponendo mente agli allegati diſetti della buona fede, e delle ſolennità, non conoſca, che

'l Ba-

(a) *L. non dubium 5. C. de leg.*
(b) *V. Vin. ſelect. quaeſt. cap. 1.*
(c) *Meliorat. ad Alleg. 88. Reg. de Marin. num. 5.*

Digitized by Google

'l Baron Pietro Ciamburro non acquistò mai il dominio delle *mezzane* della Universitá?

CAPO II.

Il Duca d' Ascoli non acquistò mai il dominio delle mezzane *della Universitá.*

QUesto secondo Capo, è una necessaria conseguenza del primo; poichè, se per Legge niuno può tras 24
ferire in altrui quel diritto, che non ha (*a*), ne dee necessariamente seguire, che, non avendo il Ciamburro acquistato il dominio delle *mezzane*, non potè colla vendita, che ne fece, trasferirne il dominio nel Duca. E potrei quì por fine a questo secondo Capo. Pur qualche altra cosa mi resta a dire, che al ben della causa conduce.

Invidiando il Duca d'Ascoli al Baron Pietro Ciamburro il possesso di sì speciose *mezzane*, si studiò di turbarglielo in modo, che costui, per amor della pace, si risolvesse di vendergliele. Si legga quel, che 'l mio dotto Collega ne ha scritto. Finalmente nel dì 14. del mese di Maggio dell'anno 1697. gliele vendè per 4000. ducati più degli 11000, quanto erano state pochi anni prima estimate: tanto era falso quel, che a nome della tradita Universitá si era più volte esposto al Collaterale, che non davan di rendita nè meno 150. ducati l'anno. Or l' istrumento della vendita ci dà non oscuri

(a) *L. traditio* 20. *de adq. rer. dom.*, *& L. nemo* 14. *de reg. jur.*

argomenti della ſcienza, che aveano il Ciamburro, e 'l Duca del diritto di proprietà, che conſervava ancora l' Univerſità d' Aſcoli su quelle *mezzane*. Io gli ometto, perchè gli ha tutti il mio Collega diligentemente raccolti. Alcuni altri ne traggo ora io da quel, che per occaſione di coteſta vendita feceſi fare dalla Univerſità.

Nel *parlamento* del dì 2. del meſe di Agoſto dell' anno 1677. fu conchiuſa la dazione *in ſolutum*, a condizione, che, *volendo eſſi magnifici di Ciamburro vendere, alienare, e pignorare dette mezzane, doveſſero antecedentemente richiedere detta Univerſità, e ſuoi cittadini, li quali doveſſero ſempre ad ogni altro eſſere preferiti*. Ciò fece, ch' ebbe il Duca a procurarſi il conſenſo della Univerſità. Gli riuſcì di ottenerlo in un *parlamento* del dì 10. del ſuddetto meſe di Maggio, al quale intervennero non più, che 44. cittadini. Alcuni di eſſi, che per la lite pendente ancora col Ciamburro nel R. Collateral Conſiglio circa la verità de' crediti, ſi luſingavano, che poteſſe un giorno l' Univerſità ricuperare le *mezzane*, nè volevan perciò, che paſſaſſero nelle mani del Duca; andarono al *parlamento* con animo di negargli il conſenſo: e perchè del Duca temeano, *fecero iſtanza, volerſi fare la determinazione per voti ſegreti;* ma prevaleva in quel sì ſcarſo numero di cittadini il partito del Duca: onde da ſoli x1. in fuori, gli altri conſentirono: ſe non che ſi ſoggiunſe, che la d. vendita ſi faceſſe *colli medeſimi patti, vincoli, e condizioni appoſte nell' iſtrumento ſtipulato tra la d. Univerſità, e d. Barone Ciamburro:* ed oltracciò ſi riſervarono alla Univerſità *le ragioni ed azioni, che in qualſivoglia modo le competeſſero, e poteſſer competere*. Tanto al Duca non baſtò. Volle ancora (ed ancora l' ottenne) che la ſteſſa Univerſità ricorreſſe al Collaterale: che preſentaſſe eſſa la *Concluſion* fatta in quel *parlamento:* che confeſſaſſe, tornar quella vendita *in evi-*

dente

dente di lei *utilità* (quandochè men dannoso era alla Università lo star le *mezzane* in man del Ciamburro, che in mano del proprio Barone) e che finalmente essa il pregasse a *degnarsi sopra detta vendita fatta a detto Duca concedere il suo beneplacito, e R. assenso: e, lecto retroscripto memoriali S. E. in R. Collaterali Consilio porrecto, visa etiam Conclusione per eandem facta*, diè 'l Vicerè l' assenso alla vendita nel dì 9. del mese di Aprile del seguente anno 1698. Or non è da dubitare, che l' Università persona legittima non aveva a chieder l' assenso sulla vendita fatta delle *mezzane* dal Baron Pietro Ciamburro al Duca, come quella, che non era intervenuta al contratto. Persona legittima avrebbe avuta a chieder l' assenso sul consenso da lei dato alla vendita, che altri faceva: e forse, e senza forse, a far valere quel consenso, ch' era in sustanza una rinunzia di un jus acquistato, necessario sarebbe stato l' assenso del Principe. E perchè, se la vendita si facea dal Ciamburro al Duca, perchè non chiese l' assenso sopra la vendita il Duca, o 'l Ciamburro? Perchè si fece chieder da un terzo? Un terzo era l' Università. Consentiva ella alla vendita, non 25
vendea. Sono queste due cose molto diverse l' una dall' altra: *Aliud est vendere*, scrive Ulpiano (*a*), *aliud vendenti consentire*.

Se ne scopra il fine. Del diritto, che cotesto terzo avea sulle *mezzane*, temeva il Duca; onde non parendogli bastante il consenso ottenuto nel *parlamento*, volle per sua maggior cautela, che chiedesse cotesto terzo l' assenso, potendo così parere, che avesse esso venduto. Ma non sapeva il Duca, che, a giudizio de' Dottori (*b*), 26
è la troppa cautela un grande argomento di mala fede,
e di

(a) *L. aliud* 160. *de reg. jur.*
(b) *V. Card. de Luca de alien. disc.* 29. *num.* 17.

e di frode. Non ignorava il Duca, che nè con buona fede, nè colle neceſſarie ſolennità ſi avea poſte in mano il Baron Pietro Ciamburro le *mezzane* della Univerſità. Volle dunque porſele in mano con una qualchè maggior cautela. Si luſingò, che, chiedendo l'Univerſità l'aſſenſo ſulla vendita, che a lui ne faceva il Ciamburro, poteſſe coteſta petizion valere per una ratiabizione di tutto ciò, ch'era paſſato tra 'l Cautillo, e 'l Ciamburro: e che la vendita, la quale dal Ciamburro faceaſi, poteſſe conſiderarſi come fatta da lei. Ma poſte le maſſime, che, parlando della ratiabizione, ci danno
27 i Dottori, vane furono le luſinghe del Duca. Perchè la ratiabizione dia forza all'atto, richiedeſi la ſcienza dell'atto, e di tutte le qualità di eſſo, concioſiachè nel dubbio non ſi preſuma, che chi approva l'atto, ne approvi ancora le qualità (*a*): nè baſta, che coteſta ſcienza ſia preſunta, poichè, facendoſi dalla ſcienza preſunta naſcer la preſunta approvazione dell'atto, ſi ammetterebbe preſunzion di preſunzione: la qual coſa non è tollerabi-
28 le in Legge (*b*). La ſcienza deve eſſer certa: e comecchè nelle coſe di certa utilità, qual ſarebbe una donazione, baſterebbe la ſola certa ſcienza a far preſumere l'
29 accettazione, nondimeno nelle coſe pregiudiziali, e *poſſibiliter* dannoſe, come parla la Ruota Romana (*c*), ad indurre la ratiabizione, è, oltre la certa ſcienza, neceſ-
30 ſario ancora l'eſplicito, ed eſpreſſo conſenſo. E quando l'atto ſia nullo per difetto delle ſolennità della Legge, nè per la certa ſcienza, nè per l'eſplicito ed eſpreſſo conſenſo potrà mai acquiſtar forza (*d*), perchè 'l requiſito delle

(a) *Calvin. in Lexic. v.* ratihabitio 2.
(b) *V. Sabell. v.* ratificatio, *num.* 7.
(c) *Recent. p.* 14. *deciſ.* 513. *a num.* 6.
(d) *V. Sabell. v.* ratificatio, *num.* 8.

Digitized by Google

delle ſolennità dipende non dalla privata volontà de' contraenti, ma dal jus pubblico, che pe' patti de' privati non può mutarſi. Or, trattandoſi di far valere per ratiabizione un atto non ſolo *poſſibiliter*, ma certamente dannoſo alla Univerſità di Aſcoli, e di un atto nullo per difetto non ſolo della volontà della Univerſità, ma ancora delle ſolennità della Legge, qual ſi è già provato, che fu quanto ſi fece tra'l Cautillo, e'l Ciamburro; che potea ſperare il Duca da quel memoriale, che fece dalla Univerſità porgere al Vicerè? Dalla certa, e piena ſcienza, e dall'eſplicito, ed eſpreſſo conſenſo della Univerſità nulla avrebbe potuto ſperare: e luſingavaſi poi di trar profitto da quel, che fece l'Univerſità per errore? Credea l'Univerſità nell'anno *1697.*, che ſue più non eran le *mezzane*: credea, che nel dominio del Ciamburro erano da più anni paſſate: credea, che competeale il ſolo diritto di prelazione, caſo che'l Ciamburro le voleſſe alienare: e tutto ciò credea per errore. In fatti ſono nella *Concluſione* le ſeguenti eſpreſſioni, che aveva *l'UNIVERSITA' FATTA VENDITA delle mezzane al Barone Ciamburro:* che nell'*ISTRUMENTO DELLA VENDITA ſi ritrova appoſto il patto, che non poteſſe colui alienarle ad altre perſone;* e che conſentiva l'Univerſità, *che ſi faceſſe dal Barone la d. alienazione al Duca colli patti appoſti nell'ISTRUMENTO STIPULATO fra eſſa UNIVERSITA', e detto Barone:* le quali eſpreſſioni ſuppongono, che nell'anno *1697.* credeaſi in Aſcoli, che l'iſtrumento della dazione *in ſolutum* della proprietà delle mezzane, ſi foſſe a buona fede, e colle debite ſolennità ſtipulato tra'l Ciamburro, e l'Univerſità; quandochè ſi è fatto chiaramente vedere, che nè buona fede vi fu, nè ſolennità ſi oſſervarono: e che tra 'l Ciamburro, e l'Univerſità non vi fu mai contratto.

E non ſi è detto ancor tutto. Fingendoſi, che foſſer

ſer concorſi nel caſo noſtro tutti i requiſiti, che ſecondo le propoſte maſſime eranvi da concorrere, nè meno avrebbe potuto trarne profitto il Duca. Le propoſte maſſime han luogo in coloro, che hanno la libertà di volere, e disvolere, e 'l pieno arbitrio di diſporre delle loro coſe; non in coloro, che pienezza di arbitrio non hanno, quali ſono i pupilli, e i minori, e quali ſono le Univerſità. Queſte, poſti ancora tutti i ſuddetti requiſiti, non poſſono per la ratiabizione fare all' atto quella forza, che non ha, ſenza l'aſſenſo del Principe; onde, poſta ancora nella Univerſità d' Aſcoli la certa, e piena ſcienza della nullità degli atti fatti tra 'l Cautillo, e 'l Ciamburro, avrebbe dovuto averla il Principe ancora, e dar due aſſenſi, l'uno alla ratiabizione della Univerſità, l'altro alla vendita, che delle *mezzane* faceva il Ciamburro al Duca.

Per queſte poche coſe, che di ſcriver mi è convenuto circa 'l punto della nullità della vendita fatta dal Ciamburro al Duca, ben può l'Univerſità d' Aſcoli fondatamente luſingarſi della buona riuſcita della cauſa: ma per quel di più, che ſcritto ha per lei il mio dotto Collega, eſſer ne dee più che ſicura.

Di Caſa nel dì 8. del meſe di Ottobre dell'anno 1770.

Fine del Tomo VI.

VA II 526 130